

ISSN: 1303 - 4650

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

ÖZEL SAYI:
**PROF. DR. YAŞAR GÜRBÜZ'E
ARMAĞAN**

SPECIAL ISSUE:
**ESSAYS IN HONOUR OF
PROF. DR. YAŞAR GÜRBÜZ**

SPEZIALAUSGABE:
**FESTSCHRIFT FÜR
PROF. DR. YAŞAR GÜRBÜZ**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

**Cilt: XI, Sayı: 2
Vol. XI, No. 2
Yıl / Year: 2014**

**Cilt: XII, Sayı: 1
Vol. XII, No. 1
Yıl / Year: 2015**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



PROF. DR. YAŞAR GÜRBÜZ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / *Publisher*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu
(Dekan)

On Behalf of Yeditepe University Faculty of Law Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu
(Dean)

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / *Responsible Manager*

Prof. Dr. Ali Cem Budak

Yönetim Yeri / *Place of Management*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul. Tel.: (0216) 578 07 67

İnternet Adresi / *Web Address*: <http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureli-yayinlar/you-hukuk-fakultesi-dergisi/>

Yayının Türü / *Type of Publication*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer reviewed journal published twice a year and it was recognised as national peer reviewed journal in the National Law Database of **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center).*

Basımcının Adı / *Printed by*

Üçer Ofset Matbaacılık Yayıncılık ve Ambalaj San. Ltd. Şti.
Yüzüncü Yıl Matbaacılar Sitesi 1. Cadde, No. 126,
Bağcılar / İstanbul. Tel.: (0212) 629 63 15

Basım Yeri / *Place of Publication*

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / *Publication Date*

Mart 2016 / *March 2016*

ISSN: 1303 - 4650

Editör Kurulu / Board of Editors

Prof. Dr. Haluk KABAALIOĞLU (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*)

kabaalioglu@yeditepe.edu.tr

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*)

mehmet.bahtiyar@yeditepe.edu.tr

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Kocaeli University Faculty of Law*)

abudak@abudak.av.tr

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Dr. Melek BİLGİN YÜCE (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*)

melekyuce@hotmail.com

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Gül DOĞAN (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*)

guldogan@yeditepe.edu.tr

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Semin TÖNER ŞEN (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*)

semin.sen@yeditepe.edu.tr

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Efe DİRENİSA (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*)

efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

For citations please use the abbreviation: “YUHFD”

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri:

*All correspondence concerning articles and other submissions may be
addressed to:*

E-posta / E-mail: efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi
34755 Ataşehir – İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

*Articles published in this journal represent only the views of the
contributors.*

Copyright © 2016

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored
in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior
expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

Dergimiz Hakkında / About Our Journal

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Danışmanlar Kurulu / *Advisory Board*

Prof. Dr. Haluk Kabaaliöđlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Yayın Komisyonu / *Publication Committee*

Prof. Dr. Haluk Kabaaliöđlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi
Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel
Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law
Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft; Bundessocialgericht, Kassel
Prof. Dr. Michel Waelbroeck, Brüssel Üniversitesi, ULB
Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law
Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Universite Libre de Bruxelles
Prof. Dr. Stefan Talmon, Universität Bonn, Fakultät für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht; Co-Direktor des Instituts für Völkerrecht
Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ali Ekrem Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Bülent Sözer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Melek Bilgin Yüce, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Ragıp Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Ahmet Cemil Yıldırım, Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Zuhâl Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Mehmet Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Efe Dırenisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Cihan Avcı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. H. Afşın İlhan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Aksoy Yavaş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Dominik Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Cihan Mengü Acun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Nazan Moroğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Jennifer Morrison, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. İsmail Esin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Elif Selin Cila, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed journal published twice a year.

2. Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes and comments, discussions of legislative developments, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3. Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions).

Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.

6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır. *The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.*

7. Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir. *Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8. Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır. *All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9. Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır. *All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10. Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir. *All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11. Yayım Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda ve genellikle e-posta yolu ile haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayım Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

Articles will initially be examined by the editorial board. After initial evaluation by the editorial board, the submissions will be sent to an anonymous peer reviewer, who is determined by the editorial board. In case of rejection or proposed amendments, the contributor(s) will be informed (generally via e-mail) in adequate detail and provided with a copy of the reviewer's report. Whenever needed or necessary, a reviewed and amended submission may be sent to a second reviewer.

12. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır. *All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

13. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

14. Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır. *Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

15. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir. *Free copies of the of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).*

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz Armağanı'nı Sunarken

KURUCU DEKANIMIZ

PROF. DR. YAŞAR GÜRBÜZ

Yeditepe Üniversitesi'nin kurulması için ilk girişimler yapıldığında, bir vakıf üniversitesinde hukuk fakültesi olmasının uygun görülmemesi üzerine üniversitemizin kurucusu İstanbul Büyükşehir eski Belediye Başkanı Sayın Bedrettin Dalan “Hukuk Fakültesi kuramayacak isek üniversite girişiminden vazgeçeriz” şeklinde tepki vermişti. Daha sonra onaylanan başvuruyla ilk vakıf üniversitesi hukuk fakültesi Yeditepe Üniversitesi'nde açılmış oldu.

Kurucu Rektörümüz rahmetli Prof. Dr. Ahmet Serpil'in hukuk fakültesi dekanlığı için önerdiği isim doğal olarak Prof. Dr. Yaşar Gürbüz Hocamız olmuştu.

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz 1952 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olduktan sonra, 1956 yılında Fransa'da Bordeaux Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde hukuk doktorasını tamamlamış ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku kürsüsüne asistan olarak atanmış, 1961 – 1963 yılları arasında vatani görevini Milli Savunma Bakanlığı'nda hukuk müşaviri olarak tamamlamıştır.

Askerlik görevi bittikten sonra İstanbul'a dönmeyen Yaşar Gürbüz, Orta Doğu Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi'nde öğretim üyesi olarak hukuk dersleri yanında “Orta Doğu Siyaseti”, “Afrika Siyasi Hayatı”, “Gelişmekte olan Ülkeler Sorunları” derslerini vermiştir. Aynı Fakültede Kamu Yönetimi Bölümü'nün başkanlığını da yapan Yaşar

Hocamız 1966 yılında Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi'nde doçent olmuştur.

Geniş uluslararası deneyimleri olan Prof. Dr. Yaşar Gürbüz 1966 – 1968 yılları arasında Birleşmiş Milletler bünyesinde çalışmaya başlamış ve Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR) Hukuk Müşavirliğine atanmıştır.

Yurda dönüşünde genel olarak üniversitelerimizin ve özel olarak da Ortadoğu Teknik Üniversitesi'nin en çalkantılı döneminde 1968 – 1971 yılları arasında aynı Üniversitenin İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi dekanlığı gibi zor bir görevi üstlenmiştir.

Uluslararası örgütlerde görev almayı sürdüren Hocamız 1971 yılında da ILO Uluslararası Çalışma Örgütü Hukuk Müşaviri olmuştur.

Hocamız, bağımsızlığını kısa süre önce kazanmış olan Cezayir'in bağımsız devlet olarak örgütlenme aşamasında Cezayir Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyeliğine de getirilmiştir. Bu Üniversite'de “Mukayeseli Devlet İdaresi”, “Uluslararası Hukuk” derslerinden başka Siyasal Bilgiler Enstitüsü'nde “Arap Ortadoğusu Politikaları” ve “Çağdaş Arap Siyasi Düşüncesi” dersleri vermiştir.

1974 yılında, 1982'de Marmara Üniversitesi'ne dönüşecek olan İstanbul İktisadi ve Ticari Bilimler Akademisi'nde öğretim üyeliğine devam etmiş, 1974 yılında Fas Kralı'nın daveti üzerine Rabat Ulusal İşletme Okulu'nda konuk öğretim üyeliği yapmıştır.

1986 yılında profesörlüğe yükseltilmiş ve Marmara Üniversitesi'nde Yeditepe Üniversitesi kurucu rektörü rahmetli Prof. Dr. Ahmet Serpil tarafından 1982'de kurulan İngilizce İktisat, İşletme ve Uluslararası İlişkiler

bölümlerinde dersler vermiştir. Bu bölümler ilk mezunlarını verdiği 1986 yılında ÖSYM puanları diğer tüm üniversiteleri geçmişti.

Eskişehir (İTİA) Anadolu Üniversitesi ve Marmara Üniversitesi Kurucu Rektörü (Milli Eğitim eski Bakanlarından) Hocamız sayın Prof. Dr. Orhan Oğuz, yabancılarla temasta hep başrolü oynayan Prof. Dr. Yaşar Gürbüz Hocamıza her zaman “Ekselans” diye hitap etmektedir. Marmara Üniversitesi bünyesinde Fransızca Kamu Yönetimi ve Uluslararası İlişkiler bölümünün kurulması kararlaştırılınca doğal olarak bu bölümün başkanlığına getirilen Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Tarabya’ da tahsis edilen tarihi binada fevkalade kaliteli bir programı başlatmıştır. Marmara Üniversitesi’nden emekli olmasının ardından Yeditepe Üniversitesi’nde de Fransızca Uluslararası İlişkiler ve Siyaset Bilimi Bölümü’nü kuran Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, daha sonra Marmara’da yerine atanan Prof. Dr. Jale Civelek’in de Yeditepe Üniversitesi ailesine katılmasıyla görevini Sayın Civelek’e devretmiştir.

Fotoğraf çekme merakı bilinen Yaşar Hocamız, hemen her yıl kullandığı fotoğraf makinasını yenileyerek en son teknolojiyi izlemiş ve Tarabya’da bölüm başkanlığı odasından boğazdan geçen tüm gemilerin fotoğraflarını çekmiştir. Uluslararası Deniz Hukuku alanında da önemli bilim adamları arasında yer alan Hocamız, özellikle Türk boğazlarının hukuki statüsünü anlatırken Montreux Antlaşması’na göre boğazlardan geçebilen gemilerin teknik özelliklerini çektiği fotoğraflarla da desteklemiştir. Bu nedenle Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölüm Başkanlığı odasını “Seyir ve Hidrografi Dairesi”ne benzetenler de olmuştur.

Marmara Üniversitesi Göztepe kampüsünde Avrupa Topluluğu Enstitüsü yanında Yaşar Hocamızın kurduğu Stratejik Araştırmalar Merkezi

bulunmaktaydı. Şimdilerde çok sayıda stratejik araştırma merkezi mevcut ise de Hocamızın o tarihte kurduğu merkez adeta bir öncü görevini üstlenmiştir. Gerçekten de, Prof. Dr. Yaşar Gürbüz Hocamız ülkemizi ilgilendiren konularda çok sayıda konferans ve seminerler düzenlemiş konunun uzmanı bilim adamları yanında diplomatlar, muvazzaf veya emekli amiral ve generallerle ülke sorunlarını gündeme getirmiştir.

18 Haziran 1987 tarihinde Marmara Üniversitesi Rektörlüğü'ne bağlı Avrupa Topluluğu Enstitüsü (şimdi Avrupa Birliği Enstitüsü) kurulmadan önce Göztepe kampüsünde Avrupa Araştırma ve Uygulama Merkezi'miz vardı. O tarihlerde uydu televizyon yayını yeni çıkmış, sadece yabancı ülkelerde gördüğümüz bir uygulama idi. Stratejik Araştırmalar Merkezi'ni kuran Prof. Dr. Yaşar Gürbüz Hocamız birçok kişinin meraklı bakışları arasında çatıya uydu çanakları yerleştirmiş ve sadece TRT 1 ve TRT 2 yayını olan ülkemizde öğrenci ve öğretim üyelerine başta CNN International olmak üzere çok sayıda yabancı televizyon yayınlarını izleme imkânını yaratmıştı. O günlerde Gorbaçov'un göreve gelmesi ve Moskova'da gelişmeye başlayan tarihi olayları Yaşar Hocamızın Stratejik Araştırmalar Merkezi'nde birlikte seyretmek olanağını buluyorduk.

Prof. Dr. Jale Civelek, hukuk doktorasını yaptığı Nice Üniversitesi'nin ünlü Profesörleri Maurice Torelli, Profesör Tuscoz, Profesör Claude Nigoul ve Nice Rektörü Prof. Dr. Azzaro'yu Marmara Üniversitesi'ne davet etmiş ve kapsamlı işbirliği anlaşmaları imzalanmıştı. Prof. Dr. Yaşar Gürbüz Hocamız Fransa'dan gelen öğretim üyelerini Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'ne de davet etmiş ve şimdiki Fas Kralı'na özel olarak uluslararası hukuk derslerini veren ve Barış ve Kalkınma Enstitüsü Başkanı Profesör Torelli ve diğerlerinin Türk tezini destekleyen tebliğleri geniş yankı

yapmış, Kıbrıs Rum Yönetimi Paris Büyükelçisi Nice Üniversitesi öğretim üyelerine yakışksız her türlü ithamda bulunmuş, Maurice Torelli ve diğerlerini sürekli taciz etmişti. 1990 – 2005 yılları arasında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti kurucu Cumhurbaşkanı Rauf Raif Denktaş’ın danışmanlığını yapan Prof. Dr. Yaşar Gürbüz Hocamızın 1990 – 1995 yılları arasında Kıbrıs Lefke Üniversitesi Yönetim Kurulu üyeliğinde bulunduğunu da yeni öğrendim. 1995 yılında Lefke Üniversitesi rektörlüğüne atandığımda Üniversite’nin adını Lefke Avrupa Üniversitesi yapmış ve Avrupa Etüdleri konusunda yüksek lisans programı açmışım.

Yukarıda da belirttiğim gibi, kuruluşundan itibaren altı yıl süreyle Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanlığını yapan Prof. Dr. Yaşar Gürbüz’den bu görevi Mayıs 2002 de devraldığımda Fakülte’nin sağlam temeller üzerine kurulduğunu memnuniyetle gördüm. İdari görevden sonra da şimdiden onbeş yıla yakın bir süre Fakültemizde International Law 1 ve 2 derslerini veren Prof. Dr. Yaşar Gürbüz Hocamız, ayrıca ısrarlara dayanamamış ve seçimlik derslerden “Siyasal Rejimler” ve “Uluslararası Deniz Hukuku” derslerini vermeyi de kabul etmiştir. Bu iki ders o kadar ilgi çekmektedir ki, kayıtlar açıldığında birkaç dakika içinde çok sayıda öğrenci bu dersleri seçip kontenjanı doldurmaktadır.

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz Hocamızın daha nice yıllar Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde ve önemli ders ve seminerler verdiği Harp Akademileri Stratejik Araştırmalar Enstitüsü’nde öğrencileriyle birlikte olmasını diler, kendisine esenlikler ve mutluluklar dilerim.

PROF. DR. HALUK KABAALIOĞLU

LL.M.(Columbia), LL.M.(Brussels), Ticaret Hukuku Profesörü, Jean Monnet AB Hukuku Profesörü

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Avrupa Hukuk Fakülteleri Birliği (ELFA-European Law Faculties Association) Başkanı

İktisadi Kalkınma Vakfı (İKV) Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz'ün Özgeçmişi

Prof. Dr. Mehmet Yaşar Gürbüz 25 Ekim 1929 tarihinde Malatya'da dünyaya gelmiştir. İlkokulu Tekirdağ Süleyman Paşa İlkokulu'nda, Ortaöğretimini Tekirdağ Ortaokulu'nda, Lise eğitimini ise İstanbul Erkek Lisesi'nde tamamlamıştır. Lisans öğrenimini 1952 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde tamamlamıştır. 1956 yılında Bordeaux Üniversitesi Hukuk Fakültesinde “Du Parti Unique au Multipartisme en Turquie” başlıklı tez ile hukuk doktoru olmuştur. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi devletler genel hukuku kürsüsüne asistan olarak atanmıştır. 1961 yılında Fakülte'deki görevinden ayrılmış ve 1963 yılına kadar Milli Savunma Bakanlığı'nda hukuk danışmanı olarak görev yapmıştır. Aynı yıl Ortadoğu Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi'nde öğretim üyeliğine başlamıştır. Hukuka Giriş, Ortadoğu Politikaları, Gelişmekte Olan Ülkeler Politikası ve Afrika Politikaları derslerini vermiştir. 1964 – 1965 yılları arasında bir yıl süreyle aynı Fakültenin kamu yönetimi bölüm başkanlığı görevini yürütmüştür. 1966 yılında Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi'nde doçent unvanını almıştır. 1966 – 1968 yılları arasında Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği'nde hukuk danışmanı olarak görev yapmıştır. 1968 yılında Ortadoğu Teknik Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi dekanı olmuş; bu görevini 1971 yılına kadar sürdürmüştür. 1971 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü'nde hukuk danışmanı olarak çalışmıştır. 1972 – 1974 yılları arasında Cezayir Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Siyasal Bilgiler Enstitüsü'nde öğretim üyeliği yapmış; Mukayeseli Devlet İdaresi, Arap Ortadoğusu Politikaları ve Çağdaş Arap Politik Düşüncesi derslerini vermiştir. 1974 yılında Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesine öğretim üyesi ola-

arak atanmıştır. 1975 yılında Fas Rabbat'ta Ulusal İşletme Okulunda misafir öğretim üyesi olarak bulunmuştur. 1986 yılında aynı Üniversitede profesörlük unvanını elde etmiştir. 1996 yılına kadar Marmara Üniversitesi Fransızca Kamu Yönetimi bölümünün kurucu başkanlığını ve Stratejik Araştırmalar Merkezi başkanlığını yapmıştır. 1990-2005 yılları arasında Cumhurbaşkanlığı hukuk danışmanı olarak Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Rauf Raif Denktaş'ın danışmanlığını yapmıştır. 1990-1995 yılları arası Kıbrıs Lefke Üniversitesi Yönetim Kurulu üyeliğinde bulunmuştur. 1996 yılında Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığına atanmış; bu görevini 2002 yılı Mayıs ayına kadar sürdürmüştür. Aynı zamanda 1996-2000 yılları arasında Yeditepe Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi İngilizce İktisat Bölümü Bölüm Başkanı olarak görev yapmıştır. 2002 – 2011 yılları arasında Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Fransızca Uluslararası İlişkiler Bölüm Başkanı olarak görev yapmıştır. Halen kurucu Dekanı olduğu Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyeliği görevini sürdürmekte ve “International Law I - II” ile “Siyasal Sistemler” derslerini vermektedir. Ayrıca, 2003 yılından beri Harp Akademileri Stratejik Araştırmalar Enstitüsü danışmanlığını da yapmaktadır. 2001 – 2002 yılları arasında Petrokimya Holding A.Ş. (PETKİM) yönetim kurulu üyeliği yapmıştır. Uluslararası Ticaret Odası'na hakem olarak kayıtlıdır. Akdeniz Stratejileri İcra Komitesi Bilim Konseyi ve Amerikan Siyaset Bilimi Derneği üyesidir. İleri düzeyde İngilizce, Fransızca ve İspanyolca bilmektedir.

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz'ün Eserleri

- Du Parti Unique au Multipartisme en Turquie, Bordeaux, 1956.
- Siyasi Rejimler (Comperative Government), İstanbul 1963.
- English-Turkish Administrative Sciences Glossary, Ankara 1964.
- Introduction to Turkish Law, co-Author, Ankara 1966.
- Az Gelişmiş Ülkeler (Developing Countries), İstanbul 1966.
- Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku (Political Institutions and Constitutional Law), İstanbul 1979.
- Siyasal Sistemler (Political Systems), İstanbul 1980.
- Siyasal Sosyoloji(Political Sociology), İstanbul 1980.
- Anayasalar (Constitutions), İstanbul 1981.
- Anayasa Üzerine Görüşler , İstanbul 1982.
- Karşılaştırmalı Politik Sistemler, İstanbul 2007.
- Siyasal Sosyoloji, İstanbul 2009.

**** Prof. Dr. Yaşar Gürbüz'ün çeşitli konularda İngilizce, Fransızca ve Türkçe yayımlanmış yaklaşık 70 civarında makalesi bulunmaktadır**

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Cilt: XI, Sayı: 2, Yıl: 2014

Cilt: XII, Sayı: 1, Yıl: 2015

İÇİNDEKİLER

HUKUK ve GÜVENLİK

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR.....1

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: info@bayraktarhukuk.com

EFFICIENCY IN RESOURCE ALLOCATION

(KAYNAKLARIN ETKİN AYIRIMI (TAHSİSİ))

Prof. Dr. Orhan ŞENER.....21

Kadir Has Üniversitesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

e-posta: orhansener2006@hotmail.com

DEVLETLERİN EGEMEN EŞİTLİĞİ PRENSİBİ VE FİİLİ EŞİTSİZLİK

Prof. Dr. A. Füsun ARSAVA.....44

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Genel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: fusun.arsava@atilim.edu.tr

**ULUSLARARASI ADALET DİVANININ 9 TEMMUZ 2004 TARİHLİ “DUVAR”
KONUSUNDAKİ İSTİŞARİ GÖRÜŞÜNDEN ON YIL SONRA: DİVANIN ULUS-
LARARASI HUKUKA VE FİLİSTİN MESELESİNE KATKISI NE OLMUŞTUR?**

Prof. Dr. Jale CİVELEK.....62

Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi

e-posta: jcivelek@yeditepe.edu.tr

**CEBRÎ İCRA YOLU İLE TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KAZANILMASINDA
KİRACININ YENİ MALİK KARŞISINDAKİ HUKUKÎ DURUMU**

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI.....86

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: arpaci@europe.com

**SİYASAL BÜTÜNLEŞME PROJELERİ VE “DIŞLAYICI SÖYLEM”
(SAFLAŞTIRMA ARAYIŞI) GERİLİM HATTINDA AB VE TÜRKİYE ÖRNEĞİ**

Prof. Dr. Deniz VARDAR.....91

Marmara Üniversitesi Fransızca Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü

Öğretim Üyesi ve Siyaset ve Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Başkanı

e-posta: denizvardardeniz@gmail.com

**HUKUK EĞİTİMİNE İLİŞKİN STRATEJİK İKİLEMLERİN EKONOMETRİK
VE KALİTE YÖNETİMİ BOYUTLARI ÜZERİNE DENEMELER: TÜRKİYE
ÖRNEĞİ**

Prof. Dr. Erkan Abdülgaffar AĞAOĞLU.....111

Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Öğretim Üyesi

e-posta: agaoglu@yeditepe.edu.tr

**TÜRKİYE İLE ALMANYA ARASINDAKİ MİLLETLERARASI
ANTLAŞMALAR KAPSAMINDA TÜRK VE ALMAN YATIRIMCILARA
TANINAN HAKLAR**

Pref Dr. Nuray EKŞİ.....125

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

e-posta: nurayeksi@gmail.com

**İDEALİST VE MATERYALİST FELSEFİ DÜŞÜNCEDE MUTLAK SİYASAL
DOĞRU**

Prof. Dr. Oktay UYGUN.....157

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim
Üyesi

e-posta: oktayuygun@yahoo.com

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN KIYMETLİ EVRAKA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR.....194

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: mbahtiyar@hotmail.com

HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN KANUN YOLU HÜKÜMLERİNİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK.....210

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: abudak@abudak.av.tr

TÜKETİCİLER, VERGİLER VE HAYALLER

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK.....225

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: huzelturk@superonline.com

HUKUKUMUZDA HAKSIZ ŞARTLAR VE SONUÇLARI

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL.....246

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve Dekanı

e-posta: sakipek@hotmail.com

TÜKETİCİ HAKLARININ ANAYASAL BOYUTU

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK.....263

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: suzelturk@superonline.com

6502 SAYILI TÜKETİCİ KANUNUNUN SİGORTACILIK FAALİYETİNE ETKİLERİ (AB HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI)

Prof. Dr. Ömer ÖZKAN / Av. Ahmet KARAYAZGAN.....288

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / İstanbul Barosu Avukatlarından

e-posta: oozkan@ticaret.edu.tr / **e-posta:** ahmet@karayazgan.av.tr

NANOTEKNOLOJİ ALANINDA UYARLANABİLİR HUKUK YAKLAŞIMI VE TÜRKİYE

Doç. Dr. Hikmet KIRIK / Yard. Doç. Dr. İlhami ALKAN OLSSON.....335

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi / İstanbul Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi

e-posta: hikmetk@istanbul.edu.tr / **e-posta:** ilhami@istanbul.edu.tr

CUMHURBAŞKANI BAKANLAR KURULUNA BAŞKANLIK EDEBİLİR Mİ?

Doç. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK.....354

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: ekremakarturk@hotmail.com

AVRUPA BİRLİĞİNDE YEREL YÖNETİMLERİN İDARİ VE MALİ YAPISI

Doç. Dr. İrfan TÜRKÖĞLU / Yard. Doç. Dr. Adil BUCAKTEPE.....377

Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi / Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: irfanelturko@gmail.com / **e-posta:** adilbucaktepe@hotmail.com

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE TÜKETİCİ KREDİLERİ

Doç. Dr. Melek BİLGİN YÜCE.....403

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: melekuyuce@hotmail.com

AYIPLI MALDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK VE UYGULAMA SORUNLARI

Yard. Doç. Dr. Gül DOĞAN.....422

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: guldogan@yeditepe.edu.tr

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN ÇERÇEVESİNDE TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİ

Yard. Doç. Dr. Cem DİNAR.....452

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: cemdinar@mynet.com

**KISMÎ DAVAYA İLİŞKİN HMK M.109/2 HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜKTEN
KALDIRILMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Yard. Doç. Dr. Kudret ASLAN.....492

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas
Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: k.aslan@etu.edu.tr

ULUSLARASI HUKUKTA SOYKIRIM KAVRAMI VE HOLOKOST’UN YERİ

Yard. Doç. Dr. Semin TÖNER ŞEN.....541

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Genel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim
Üyesi

e-posta: stonersen@gmail.com

**ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULLARINDA ÜYE ÇEŞİTLİ-LİĞİNİN SAĞ-
LANMASI İÇİN BELİRLİ NİTELİKTE ÜYE ATANMASINA İLİŞKİN ZORUN-
LULUK İÇEREN KURALLAR**

Yard. Doç. Dr. Muzaffer EROĞLU.....575

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: muzaffereroglu@gmail.com

**MÜŞTEREK AVARYANIN UNSURLARI HAKKINDA GENEL BİR
İNCELEME**

Yard. Doç. Dr. Zuhar ARIÇ.....631

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: zuhal.aric@yeditepe.edu.tr

CEZA HUKUKUNDA NEDENSELLİK BAĞI

Yard. Doç. Dr. Uğur URUŞAK.....666

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: uurusak@hotmail.com

İFLAS ERTELEMEDE TEDBİR KARARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TESİRİ

Yard. Doç. Dr. Murat Serhat SARISÖZEN.....710

Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

e-posta: msarisozen@fatih.edu.tr

**ASKERİ UÇAK VE HELİKOPTERLERİN DÜŞMESİNDEN DOĞAN
ZARARLARDAN İDARENİN SORUMLULUĞU**

Yard. Doç. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ.....732

Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: gunduzfebru@gmail.com

**CEZA MUHALEMESİNDE TELEFON VE TELSİZLE YAPILAN İLETİŞİMİN
KAYDA ALINMASI TAPE VE DÖKÜMLERİNİN DELİL NİTELİĞİ VE
MAHKÛMİYETE ESAS ALINMASI ÜZERİNE BİR İNCELEME**

Yard. Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ.....751

Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: ahmet@gantep.edu.tr

**ÇOĞULCU DEMOKRASİ KAVRAMINA FARKLI BİR YAKLAŞIM: ÇOK
BOYUTLU DEMOKRASİ KURAMI VE SORUNLU DEMOKRASİLER**

Yard. Doç. Dr. Tevfik Sönmez KÜÇÜK.....765

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: sonmez83@hotmail.com

ALACAK REHNİNİN İYİNİYETLE İKTİSABI

Yard. Doç. Dr. Nazlı HİLAL ÇELİK.....786

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: ncelik@dogus.edu.tr

**6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DAKİ İDARİ
CEZALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Öğr. Gör. Kemal BERKARDA.....796

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: mkberkarda@gmail.com

TOPLU YAPILARDA YÖNETİCİ / YÖNETİM KURULU

Araş. Gör. Mehmet Oğuz VURALOĞLU.....821

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

e-posta: oguz.vuraloglu@yeditepe.edu.tr

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN SZKORITS v. MACARİSTAN DAVASI'NDA VERDİĞİ MÜLKİYET HAKKININ İHLALİNE İLİŞKİN 16.12.2014 TARİHLİ KARARININ ÇEVİRİSİ

Araş. Gör. Gizem ZURNACI.....848

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

e-posta: gizemzurnaci@gmail.com

**THE RIGHT TO PRIVACY IN THE WORKPLACE IN THE UK
(İNGİLİZ HUKUKUNDA İŞYERİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ)**

Araş. Gör. İpek KOCAGİL862

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: ipekkocagil@gmail.com

MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN DÜRÜST UYGULAMALARA AYKIRI OLMAYAN KULLANIMI (M. 12) VE İLGİLİ YARGITAY KARARLARI

Araş. Gör. Adem YAŞAR.....909

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

e-posta: adem.yasar@yeditepe.edu.tr

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

Araş. Gör. Dilek KARADEMİR.....930

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: dilek.karademir@yeditepe.edu.tr

**HUKUK DEVLETİ VE GÜÇLER AYRILIĞI PRENSİBİ BAĞ-LAMINDA
AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YARGI SİS-TEMİNDE FEDERAL
YÜKSEK MAHKEMENİN ROLÜ**

Mehmet TANK.....961

İstanbul Vergi Mahkemesi Hâkimi

e-posta: mehmettank@gmail.com

JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume: XI, No: 2, Year: 2014
Volume: XII, No: 1, Year: 2015

CONTENTS

LAW AND PROTECTION

- Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR.....1**
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Criminal and Criminal Procedure Law
e-mail: info@bayraktarhukuk.com

EFFICIENCY IN RESOURCE ALLOCATION

- Prof. Dr. Orhan ŞENER.....21**
Kadir Has University Faculty of Law, Head of the Dept. of Tax Law
e-mail: orhansener2006@hotmail.com

**PRINCIPLE OF SOVEREIGN EQUALITY OF STATES AND DE FACTO
INEQUALITY**

- Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA.....44**
Atılım University Faculty of Law, Dept. of International Law
e-mail: fusun.arsava@atilim.edu.tr

TEN YEARS AFTER THE ADVISORY OPINION OF THE ICJ ON THE PALESTINIAN WALL CASE DATED 9TH OF JULY 2004: HOW THIS ADVISORY OPINION HELPED AND CONTRIBUTED TO THE DEVELOPMENT OF THE PALESTINIAN ISSUE, AND THE ICJ'S JURISDICTION?

- Prof. Dr. Jale CİVELEK.....62**
Yeditepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences
e-mail: jcivelek@yeditepe.edu.tr

WHERE THE POSSESSION OF REAL PROPERTY IS ACQUIRED THROUGH FORE-CLOSURE, THE LEGAL POSITION OF THE LESSEE BEFORE THE NEW OWNER

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI.....86

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: arpaci@europa.com

ON TENSIONS BETWEEN PROJECTS OF POLITICAL UNIFICATION AND “EXCLUSIONIST DISCOURSES” (SEARCH FOR “PURIFICATION”) THE CASE OF EU AND TURKEY

Prof. Dr. Deniz VARDAR.....91

Marmara University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Public Administration and Head of the Dept. of Political and Social Sciences

e-mail: denizvardardeniz@gmail.com

THE DETERMINANTS OF STRATEGIC PLANNING AND QUALITY MANAGEMENT IN HIGHER EDUCATIONAL INSTITUTIONS: A CASE STUDY OF TURKISH LAW EDUCATION

Prof. Dr. Erkan Abdülgaffar AĞAOĞLU.....111

Yeditepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Business Management

e-mail: agaoglu@yeditepe.edu.tr

THE JUDICIAL RIGHTS CONFERRED UPON THE TURKISH AND THE GERMAN INVESTORS UNDER THE INTERNATIONAL TREATIES RATIFIED BY TURKEY AND GERMANY

Prof Dr. Nuray EKŞİ.....125

Yeditepe University Faculty of Law, Head of Dept. of Private International Law

e-mail: nurayeksi@gmail.com

THE VIEWS OF ABSOLUTE POLITICAL TRUTHS IN IDEALISTIC AND MATERIALISTIC PHILOSOPHICAL THOUGHT)

Prof. Dr. Oktay UYGUN.....157

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of General Public Law

e-mail: oktayuygun@yahoo.com

**NEGOTIABLE INSTRUMENTS UNDER THE TURKISH LAW ON THE
PROTECTION OF CONSUMERS**

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR.....194

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

e-mail: mbahdiy@hotmai.com

**INTERTEMPORAL FIELD OF APPLICATION OF APPEAL PROVISIONS OF
TURKISH CODE OF CIVIL PROCEDURE**

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK.....210

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law

e-mail: abudak@abudak.av.tr

CONSUMERS, TAXES AND DREAMS

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK.....225

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Tax Law

e-mail: huzelturk@superonline.com

**UNFAIR CONTRACT TERMS IN TURKISH LAW AND THEIR LEGAL
CONSEQUENCES**

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL.....246

Kadir Has University Faculty of Law, Dept. of Civil Law and Dean of the Faculty.

e-mail: sakipek@hotmai.com

CONSTITUTIONAL ASPECTS OF CONSUMER RIGHTS

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK.....263

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law

e-mail: suzelturk@superonline.com

**EFFECTS OF THE LAW ON THE PROTECTION OF CONSUMERS, ACT NO.
6502, ON INSURANCE ACTIVITIES (COMPARED TO EU LAW)**

Prof. Dr. Ömer ÖZKAN / Aal. Ahmet KARAYAZGAN.....288

Istanbul Ticaret University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law / Attorney at Law,
registered to Istanbul Bar Association

e-mail: oozkan@ticaret.edu.tr / **e-mail:** ahmet@karayazgan.av.tr

ADOPTABLE LAW APPROACH TO NANOTECHNOLOGY AND TURKEY

Assoc. Prof. Dr. Hikmet KIRIK / Asst. Prof. Dr. İlhami ALKAN OLSSON.....335

Istanbul University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of Public Administration / Istanbul University Faculty of Economics and Administrative Sciences, Dept. of International Relations

e-mail: hikmetk@istanbul.edu.tr / **e-mail:** ilhami@istanbul.edu.tr

MAY THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC PRESIDE OVER THE COUNCIL OF MINISTERS?

Assoc. Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK.....354

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law

e-mail: ekremakarturk@hotmail.com

ADMINISTRATIVE, AND FINANCIAL STRUCTURE OF THE LOCAL GOVERNMENTS IN THE EUROPEAN UNION

Assoc. Prof. Dr. İrfan TÜRKÖĞLU / Asst. Prof. Dr. Adil BUCAKTEPE.....377

Dicle University Faculty of Law, Dept. of Fiscal Law / Dicle University Faculty of Law, Dept. of Administrative Law

e-mail: irfanelturko@gmail.com / **e-mail:** adilbucaktepe@hotmail.com

CONSUMER CREDITS UNDER THE RECENTLY AMENDED TURKISH CODE ON THE PROTECTION OF THE CONSUMER

Assoc. Prof. Dr. Melek BİLGİN YÜCE.....403

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: melekyuce@hotmail.com

LIABILITY ARISING OUT OF DEFECTIVE GOODS AND PROBLEMS IN APPLICATION

Asst. Prof. Dr. Gül DOĞAN.....422

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: guldogan@yeditepe.edu.tr

INSTALLMENT SALES CONTRACTS UNDER THE TURKISH CODE OF CONSUMER PROTECTION

Asst. Prof. Dr. Cem DİNAR.....452

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: cemdinar@mynet.com

**AN EVALUATION REGARDING THE REPEAL OF A PARTIAL LAW SUIT
UNDER ARTICLE 109/2 OF THE TURKISH CODE OF CIVIL PROCEDURE**

Asst. Prof. Dr. Kudret ASLAN.....492

TOBB Economy and Technology University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure
and Insolvency Law

e-mail: k.aslan@etu.edu.tr

**THE CONCEPT OF GENOCIDE IN INTERNATIONAL LAW AND THE
HOLOCAUST**

Asst. Prof. Dr. Semin TÖNER ŞEN.....541

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of International Law

e-mail: stonersen@gmail.com

**MANDATORY LEGAL RULES FOR APPOINTING BOARD MEMBERS WITH
CERTAIN QUALIFICATIONS FOR THE PURPOSE OF MAINTAINING
DIVERSITY OF THE BOARD OF DIRECTORS IN CORPORATIONS**

Asst. Prof. Dr. Muzaffer EROĞLU.....575

Kocaeli University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

e-mail: muzaffereroglu@gmail.com

**A SYNOPTIC STUDY OF THE ESSENTIAL FEATURES OF GENERAL
AVERAGE**

Asst. Prof. Dr. Zuhar ARIÇ.....631

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Maritime Law

e-mail: zuhal.aric@yeditepe.edu.tr

CHAIN OF CAUSATION UNDER THE CRIMINAL LAW

Asst. Prof. Dr. Uğur URUŞAK.....666

Cyprus International University Faculty of Law, Dept. of Criminal and Criminal
Procedure Law

e-mail: uurusak@hotmail.com

**EFFECTS TO THE THIRD PARTY OF COUTIONARY JUDGEMENT IN
SUSPENSION OF BANKRUPTCY**

Asst. Prof. Dr. Murat Serhat SARISÖZEN.....710

Fatih University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law

e-mail: msarisozen@fatih.edu.tr

**ADMINISTRATIVE LIABILITY BASED ON THE HARMS CAUSED BY THE
MILITARY AIRPLANE AND HELICOPTER CRASHES**

Asst. Prof. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ.....732

Yıldırım Beyazıt University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law

e-mail: gunduzfebru@gmail.com

**AN ANALYSIS ON THE RECORDING OF THE TELEPHONE, OR THE
WIRELESS COMMUNICATION, THE EVIDENTIARY VALUE OF THE TAPES
AND THEIR RECORDINGS AND UTILIZING THESE AS A BASIS FOR
CONVICTION UNDER THE CRIMINAL PROCEDURE**

Asst. Prof. Dr. Ahmet BOZDAĞ.....751

Gaziantep University Faculty of Law, Dept. of Criminal and Criminal Procedure Law

e-mail: ahmet@gantep.edu.tr

**A DIFFERENT APPROACH TO THE CONCEPT OF PLURALIST
DEMOCRACY: THE CONCEPT OF EMBEDDED AND DEFECTIVE
DEMOCRACIES**

Asst. Prof. Dr. Tefik Sönmez KÜÇÜK.....765

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law

e-mail: sonmezk83@hotmail.com

ACQUISITION OF PLEDGE OF CLAIM THROUGH GOOD FAITH

Asst. Prof. Dr. Nazlı HİLAL ÇELİK786

Doğuş University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: ncelik@dogus.edu.tr

**AN EVALUATION OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS UNDER THE LAW ON
THE PROTECTION OF CONSUMER (No. 6502)**

Adj. Prof. Kemal BERKARDA.....796

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Administrative Law

e-mail: mkberkarda@gmail.com

MANAGER / BOARD OF MANAGEMENT AT CONDOMINIUM COMPLEXES

Res. Asst. Mehmet Oğuz VURALOĞLU.....821

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: oguz.vuraloglu@yeditepe.edu.tr

**TRANSLATION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' 16.12.2014
DATED DECISION OF THE SZKORITS v. HUNGARY CASE ON THE BREACH
OF PROPERTY RIGHT**

Res. Asst. Gizem ZURNACI.....848

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: gizemzurnaci@gmail.com

THE RIGHT TO PRIVACY IN THE WORKPLACE IN THE UK

Res. Asst. İpek KOCAGİL.....862

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Labour and Social Security Law

e-mail: ipekkocagil@gmail.com

**NON CONFLICTING FAIR PRACTICES OF BRAND USAGE BY THIRD
PERSONS AND RELATED COURT JUDGEMENTS**

Res. Asst. Adem YAŞAR.....909

Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: adem.yasar@yeditepe.edu.tr

CONFISCATION WITHOUT EXPROPRIATION

Res. Asst. Dilek KARADEMİR.....930

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law

e-mail: dilek.karademir@yeditepe.edu.tr

**THE FUNCTION OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES
UNDER THE PRINCIPLES OF THE RULE OF LAW, AND THE SEPARATION
OF POWERS**

Mehmet TANK.....961

Judge at the Tax Court in Istanbul

e-mail: mehmettank@gmail.com

HUKUK ve GÜVENLİK*

(LAW AND PROTECTION)

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR**

ÖZET

Kişisel güvenliğin, ceza yargılamasında büyük önemi vardır. Yakalama, arama, gözaltına alma, tutuklama, telefonları dinleme, teknik izleme gibi soruşturma ve koğuşturma önlemleri, güvenlikle yakından ilgilidir. İlk defa İngiltere’de XVII. yüzyılın sonlarında yürürlüğe giren “Habeas Corpus Act” ile kişinin uzun süre gözaltında tutulamayacağı, tutuklanamayacağı ve en kısa sürede yargıç karşısına çıkarılma olanakları tanınmıştır. 1679’da kabul edilen bu önemli belge yüzyıllar boyunca çeşitli değişikliklere uğramış ve günümüze kadar gelmiştir.Son olarak Türkiye’de yürürlüğe giren "Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6638 Sayılı Kanun", mülki amirin yetkileri, polisin görev alanının genişletilmesi, gözaltı, yargıç önüne çıkarılma gibi konularla ilgili bireysel hak ve özgürlükleri zedeleyici değişiklikler getirmiştir. Bu kısa çalışmada, sadece gözaltına alma, yargıç önüne çıkarılma, mülki amirin yetkilerinin genişletilmesi gibi konular üzerinde durulmuş, kişi güvenliği bu kavramlar açısından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişi Güvenliği, mülki amirin yetkilerinin genişlemesi, savcının yetkilerinin kısıtlanması, arama, gözaltı, yargıç önüne çıkarılma, 6638 sayılı Kanun.

* Bu çalışma,10.04.2015 tarihinde Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Ceza Bilimleri, Kriminoloji ve İnsan Hakları Merkezi tarafından düzenlenen “Hukuk ve Güvenlik” konulu konferansın içeriği genişletilerek yapılmıştır.

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: info@bayraktarhukuk.com

ABSTRACT

Personal protection plays an important role in criminal procedure. Investigation and prosecution measures such as searches and seizures, detention, imprisonment, wiretapping, and technical monitoring are closely related to protection. "Habeas Corpus Act" came into force during the later part of the 17th Century. For the first time it barred detention for extended periods of time and unlawful imprisonment and it prescribed an accused to be brought before a Judge within the shortest possible time. This document that was adopted in 1679, has been amended over the centuries, and it survived until our present day. "Police Powers and Duties Act" and "Military Police Organization, Duty, and Powers Act", and Act No.6638, enabling amendments to certain laws" all of which entered into force recently, introduced some amendments on the expansion of an administrative chief's authority; on the expansion of the police's scope of duties; detention, bringing before the judge; all of which impair individual rights and freedoms. In this brief article, personal protection has been examined with regard to an administrative chief's authorities, expansion of the scope of duties of the police department, detention, and bringing before a Judge.

Keywords: *Personal protection, expansion of an administrative office director's authority, diminishing a prosecutor's authority, search, detention, to bring before a Judge, Act No. 6638.*

Giriş

Ülkemizde siyasal hayat 2015'in ilk üç ayı, hep bir kanunun yürürlüğe girip girmemesi üzerinde yoğun tartışmalarla geçti. Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6638 Sayılı Kanun", Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki, basın ve televizyon programlarındaki eleştirilerden, tartışmalardan sonra 27.03.2015'te Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdi. Kanunun yürürlüğe girişinde ve Yasama Organındaki çalışmalarında da pek rastlanmayan bir durum ortaya çıktı. Kanun Tasarısının ilk maddeleri gene yoğun görüşmelerden sonra oylanıp kabul edildikten

sonra, ülkedeki siyasal çekişme, anlaşma, uzlaşma ve çatışmaların sonucu Meclis'ten geri çekildi; Ancak daha sonra yeniden Meclis gündemine alınıp kısa sürede oylanıp kabul edildi.

Sözü edilen Kanun, aslında 13 kanunla ilgili değişiklikleri içermektedir ve bu niteliği itibariyle bir "Torba Yasa" özelliğini taşımaktadır. Bu özellik, son yıllarda çok sık başvurulanan bir yasama tekniği yönteminden kaynaklanmaktadır. Buna göre, kanun değişiklikleri, pek çok değişiklikleri içerir biçimde bir kanun içine konulmakta ve değişikliklerin önemli olup olmadıkları, etkilerinin neler olabileceği pek anlaşılmadan ve fark edilmeden yürürlüğe girmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu durum hukuk mevzuatında karışıklıklar yaratabilmekte, kanun değişikliklerinin izlenilmesi çok zor olabilmekte ve uygulamada da yanlışlıklar meydana gelebilmektedir. 6638 Sayılı Kanunda da aynı yol izlenmiştir.

1 - Kişi Güvenliği - Kısa Tarihçe

Hukuk ve Güvenlik biçimindeki bir konferans konusu bu Kanunu açıklama amacı ile seçilmiştir. Dolayısıyla, konferansı sadece bu Kanunun güvenlik yönünden taşıdığı özellikleri açıklama biçiminde anlamak ve konferansı bununla sınırlamak uygun olacaktır. Çünkü Hukuk ve Güvenlik konusu çok genel ve içeriği itibariyle çok geniş ve hatta belirsiz bir nitelik taşımaktadır. Çünkü bir ülkede ve toplumda güvenliğin sözkonusu olabilmesi için hukuk kurallarının insan haklarından kaynaklanması, hak ve özgürlüklere dayanması, yargılamanın tamamen hukuk içinde yerine getirilmesi gerekmektedir. Hukukun güvencesi ve bireyin güvenlik içinde yaşaması ancak böyle gerçekleşebilir.

Hukukun sağladığı güvenceli ortamın çok önemli etkileri vardır. Böylece, kişi güvenliği, sadece soyut ve nesnel bir kavram olarak ele alınmayıp öznel bir kavram olarak dikkate alındığında, kişinin güvenlik duygusu içinde yaşama özgürlüğü şeklinde anlaşılır. Bireydeki bu güvenlik duygusunun yaratılabilmesi için, ülkenin yargı sisteminin bu duyguyu uyandıracak düzeye gelmesi gerekecektir. Kısaca kişinin güvenlik duyabilme özgürlüğü ülkedeki ulusal ve uluslararası hukukun gelişmesi ile olanak kazanacaktır¹.

¹ Bkz. **Bayraktar** Köksal, Kişi Güvenliği (Ankara Barosu Hukuk Kurultayı), c.II, Ankara, 2004, s. 52

Bu geniş anlamı içinde de, kimi kurum ve kavramların tam olarak uygulanması ya da gerçekleştirilmesi ile kişi güvenliğinin varolduğu ileri sürülebilir. Örneğin, suçta ve cezada kanunilik, lehe olan ceza kanunlarının geriye uygulanması, ceza yargıcının dar alan içinde hareket etmesi, adil yargılanma hakkı, yargıcın tarafsızlığı ve bağımsızlığı, suçsuzluk karinesi, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delilin geçerli olmaması, kıyas yasağı, yargılamanın makul süre içinde sona erdirilmesi gibi...².

Konuya dar açıdan ve tarihsel gelişimi içinde bakıldığında, kişinin haksız yere yakalanmaması, tutuklanmaması ve en kısa sürede yargıç önüne çıkarılmasının kişi güvenliğinin ana unsurları olduğu görülmektedir. Gerçekten XVII. yüzyılın sonlarına doğru 1679'da İngiltere Kralı II. Charles'in tebaasının haksız yere yakalanmayacağı, tutuklanmayacağı ve en kısa sürede yargıç önüne çıkarılacağı Habeas Corpus Act ile güvence altına alınmıştı. Daha önceki yıllarda da, 1628'de Petition of Rights ile aynı güvenceye yer verilmekle birlikte Habeas Corpus Act ile bu durum daha da belirginleştirilmişti.

Fransa'da Devrimden sonra kabul edilen 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 7, 8 ve 9. maddelerinde kişi güvenliği ile ilgili ayrıntılı kurallara yer verilmiş olması, sözkonusu kavramın tüm Avrupa'da bir anda yaygınlaşmasını sonuçlamıştır. Kişi güvenliği, daha sonra 1793 Bildirisinde de ele alınmış ve 10. maddesinde, keyfi suçlama, tutuklama ve cezaevine gönderilme yasaklanmıştır³.

Osmanlı İmparatorluğu'nda kişi güvenliğinin Padişahın yetkilerini sınırlayıcı bir kavram olarak ortaya çıkması için 1839 Gülhane Hattı Hümayunu'nu beklemek gerekmiştir. Her ne kadar bu Hattı, tebaanın can emniyetinin Padişah tarafından teminat altına alındığı ortaya konulmuş ise de mahkemelerce kişinin keyfi bir şekilde tutuklanamayacağı ve kişinin idari makamlarca kanunlara aykırı olarak yakalanamayacağı şeklindeki kavramlar Osmanlı İmparatorluğu'ndaki bu ilk hürriyet düzenlemesinde

² Geniş bilgi için bkz. **Katoğlu** Tuğrul, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi, (Kamu Hukukçuları Platformu ile Türkiye Barolar Birliği tarafından 8 - 9 Kasım 2013'te düzenlenen "Hukuk Güvenliği" toplantısı), Ankara, 2013, s. 151 - 158, 168 - 183.

³ **Bayraktar**, 45.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

yer almış değildi. Kişi güvenliği ilk defa 1876 Anayasası'nın 10. maddesinde yer almıştı⁴.

Cumhuriyet tarihimizde kişi güvenliğinin daha belirgin ve güçlü biçimde ele alındığını kolaylıkla saptayabilmek mümkündür. 1924 Anayasası'nın 72., 1961 Anayasası'nın 30. ve 1982 Anayasası'nın 19. maddelerinde kişi güvenliği Anayasa kuralı olarak düzenlenmişti.

2 - Kişi Güvenliği ve Arama

CMK. 116. maddesinde arama ile ilgili genel koşullar ortaya konulmuştur. Buna göre şüphelinin ya da sanığın yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda somut delillere dayalı kuvvetli şüphe varsa, şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.

Aynı Kanunun 119. maddesinde arama kararının yargıç tarafından verileceği, ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının, ona da ulaşılmasını durumunda kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerinin arama yapabilecekleri belirtilmiştir.

Koruma tedbirleri içinde arama da bir özel durumda değişikliğe uğramıştır.

6638 Sayılı Kanun ile 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 4/A -6 maddesinin sonuna bir cümle eklenmiştir. Buna göre :

“... Ancak, el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dahilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hallerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir. Kolluk amirinin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Bu fıkra kapsamında yapılan araç aramalarına ilişkin olarak kişiye, arama gerekçesini de içeren bir belge verilir...”

PVSK m.4/A-6'da yer alan mevcut hükme göre, “...kişinin üzerindeki elbisesinin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez” şeklindeki düzenleme bakımından, durdurma da kişinin üstünün ve aracının aranması mümkün olmadığı halde, 6638 sayılı Kanunla maddede getirilen yeni düzenleme ile bu sınır

⁴ Bayraktar, 45.

lama kaldırılmıştır. Dolayısıyla, “el ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstünün, eşyasının ve aracının aranması için kolluk amirinin izninin gerektiği şeklindeki” düzenlemeden çıkarılan sonuç, el ile dıştan kontrol şeklindeki aramanın izne tabi olmaksızın yapılabilmesi olanağı ortaya çıkmıştır.⁵

CMK m.119’da, kolluk amirinin “*arama*” ile ilgili emir verebilme yetkisi, “*ancak gecikmesinde sakınca bulunan ve C.Savcısına ulaşılamayan hallerle sınırlı*” iken, getirilen düzenleme ile kolluk amiri, CMK’daki sınırlamaya tabi olmaksızın doğrudan ve acele hallerde sözlü olarak dahi arama konusunda emir verebilme yetkisine sahip olacaktır. Bu durum, her ne kadar “*önleyici arama gibi*” gözükse de, CMK’nın “*savcının adli soruşturmanın mutlak hâkimi olarak kabul edilmesi esasına*” aykırıdır.⁶

"..... “İç Güvenlik Yasası” ile PVSK Madde 4/A’ya eklenen değişiklikle “kolluk amirlerinin yazılı izni / acele hallerde sözlü izni” ile kişinin üstü ve eşyası ile aracın dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin de aranmasına imkân tanınmış olmaktadır ve bu emrin 24 saat içinde hâkim onayına sunulması zorunluluğu getirilmiştir.....”⁷

Bu durumda İçişleri Bakanlığı arama ile ilgili kuralları tespit edecek, mülki amirin belirleyeceği kolluk amirinin yazılı ya da sözlü emri ile arama yapılabilecektir. Böylece yargıç kararının güvencesi çok zayıflatılmaktadır. Bu konuda *Keskin Kızıroğlu* şunları ileri sürmektedir :

"..... İç Güvenlik Paketi ile getirilen bu düzenleme Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aykırıdır. İçerisi görünmeyen bölümlerin aranması işleminin idari bir işlem olarak düzenlenmesi ‘Hukuk Devleti’ ilkesi kapsamında ölçülülük ilkesine aykırıdır. Hukuk devletinde kişinin bedeninin dokunulmazlığına, özel hayatının gizliliğine, ortada bulunmayıp saklı olan eşyanın ortaya çıkartılmasına veya başka delil elde etme amacına yönelik olarak bu derece ağır bir müdahale ancak bir ceza soruşturmasında düşünülebilir; buna da niteliğine göre adli arama ya da beden muayenesi denir ve devletin yargı erkinin kullanılmasıdır....”⁸

⁵ İç Güvenlik Kanununun Ceza Muhakemesi Hukuku Esasları Açısından Değerlendirilmesi, Türk Ceza Hukuku Derneği İcra Raporu, www.tchd.org.tr, s. 2; İç Güvenlik Yasası Hakkında Amicus Curiae Raporu, (Güncel Hukuk Dergisi, 2015/7-139. s. 16.

⁶ Amicus Curiae Raporu, Güncel Hukuk Dergisi 2015/7-139, s. 16-17.

⁷ Amicus Curiae Raporu, Güncel Hukuk Dergisi 2015/7-139, s. 16-17.

⁸ **Keskin Kızıroğlu** Serap, “İç Güvenlik Paketinin Yaşamımıza Getirdikleri ve Hukuksal Değerlendirme,” İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi 8 Mart 2015 Özel Bülteni, s. 152.

Düzenleme bu haliyle tedbirin amaçla orantılı olması ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu şekilde yapılan bir aramanın bilahare hâkim onayına sunulmasının, kolluğun icabında keyfi olabilecek uygulamalarına meşruiyet kazandırma çabasından öte, ne anlam taşıdığıının da tartışılması gerekir. Bitmiş bir önleme araması işlemine hakim onayının öngörülmesi kolluğun keyfilige varan aramalarını önlemeyecek aksine bu tür aramalar-daki hukuka aykırılığı örtmüş olacaktır.

Kanunun yasama organında kabulünden önce, Tasarıya ilişkin araştırma yapan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı tarafından hazırlanmış Bilimsel Çalışmada (Görüşte) konu ile ilgili şu saptamalar yapılmıştır :

".....Tasarı önleme aramasını düzenleyen PVSK m. 9'u işlevsiz hale getirmektedir. Tasarıyla önleme araması, yazılı emirle her zaman, her yerde ve her durumda uygulanabilecektir. Kolluk amirinin yazılı emrine istinaden polis istediği herhangi bir noktada durdurma yapabilecek ve üst, eşya ve araç araması yapabilecektir. Bu ise hâkim kararına bağlı olarak yapılması gereken önleme aramasının, biraz daha dar kapsamlı olarak, ancak hâkim kararına hiç gerek olmaksızın bizzat kolluk amirinin yazılı emri ile uygulanması anlamına gelmektedir.

Anayasanın aramaya ilişkin hükümlerini de içeren 20. maddesi, aramanın kural olarak hâkim kararıyla ve "*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*" kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle yapılabileceğini öngörmektedir. Ancak önerilen düzenleme çeşitli açılardan AY m. 20'ye aykırıdır. Bir defa tasarıda hâkim kararı kuralı atlandığı gibi, *gecikmesinde sakınca bulunan halden söz edilmeksizin* kolluk amirine yazılı arama emri verme yetkisi tanınmaktadır. Hatta kolluk amirinin acele hallerde sözlü emir verebileceği şeklinde Anayasada hiçbir şekilde yer olmayan bir yetki düzenlenmektedir. İkinci olarak ise yetkili merciin gösterilme biçimi de sorunludur. Buna göre merci, kanunla doğrudan gösterilmemekte, İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dahilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amiri olarak ifade edilmektedir. Üçüncü olarak ise getirilmek istenilen düzenlemeyle, "durdurma ve kaba üst araması" ön alan tedbirine ilişkin 2007'den bu yana uygulanan sistem tamamen bozulmakta, kolluğa her aşamada ve her yerde bu tedbire başvurma imkanı verilmekte, "üst aramasının" da "kaba" olması ilkesi kaldırılmakta ve kolluğa tek bir sözlü emirle üst, eşya ve araç araması yapma imkanı verilmektedir. Ayrıca

yine sistemle tedbirin kanuni amacı ile uygulama aracı ve şekli arasındaki orantı tamamen ortadan kaldırılmakta, Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin "amaçla orantılı" olarak sınırlandırılması ilkesi (AY m.13) ihlal edilmektedir...."⁹

Görüldüğü üzere PVSK'da yapılan değişikliklerle CMK'da düzenlenmiş arama kurallarında çok önemli uygulama saptamaları oluşturulmuştur.

3 - Kişi Güvenliği ve Yakalama

İçinde yaşadığımız günlerde "İç Güvenlik Kanunu" olarak adlandırılan 6638 Sayılı Kanun yakalama, gözaltına alma ile ilgili yasal düzenlemede değişiklikler ya da eklemeler getirmiştir.

Bilindiği gibi CMK. 90. maddede yakalama şartları, işlemleri belirtilmiştir. Buna göre, suçüstü halinde ya da suçüstünden hemen sonra izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya bu kişinin kimliğinin saptanamaması durumunda herkes şüpheli kişiyi yakalayabilir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre kolluk görevlileri tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet Savcısına veya amirlerine derhal başvurma olanağı bulunmadığı takdirde yakalama yetkisine sahiptir.

Ayrıca gene CMK. 161. maddede Adli Kolluk Görevlilerinin yakalama ile ilgili uyguladıkları tedbirleri Cumhuriyet Savcılarına bildirme yükümlülüğü altında oldukları belirtilmektedir.

CMK. 98/1 ve 2. maddesinde soruşturma ve kovuşturmada yakalamanın nasıl olacağı açıklanmaktadır. Bu düzenlemeye göre, çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine Sulh Ceza Hakimi yakalama kararı verebilir. Yakalanmış olmasına rağmen kolluk kuvvetlerinin elinden kaçan şüpheli veya sanık ya da ceza infaz kurumundan kaçan tutuklu veya hükümlü hakkında Cumhuriyet Savcısı ve kolluk kuvvetleri de yakalama emri verebilir

Yakalanan kişi hakkında gerekli tedbirler alındıktan sonra durumun Cumhuriyet Savcısına derhal bildirileceği, gene CMK. 90/5. maddede belirtilmiştir. Cumhuriyet Savcısının yetkisi 91/1. maddede gösterilmiştir;

⁹ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri tarafından hazırlanmış olan "Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'na İlişkin Görüş", (Bkz. Güncel Hukuk Dergisi 2015/3-135, s. 36, 37).
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

buna göre Cumhuriyet Savcısı yakalanmış kişiyi ya serbest bırakacak ya da gözaltına alınmasına karar verecektir.

6638 Sayılı Kanun, 2559 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyetleri Hakkında Kanun'un 13/1. maddesinde yer alan ".....yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar....." şeklindeki cümleyi "..... eylemin veya durumun niteliğine göre, koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar....." durumun getirmiştir. Değişiklikle getirilen "koruma altına alma ve uzaklaştırma" şeklindeki önlemler, yakalama ile gözaltına alma arasında yeni bir aşama olmaktadır. Buna göre emniyet kuvvetleri, Polis Vazife ve Selahiyetleri Hakkında Kanun'un 13. maddesinde belirtilen durumlarda, ilgiliyi koruma altına alacak ya da uzaklaştıracaktır. Koruma altına alma ve uzaklaştırmanın uygulamada ne şekil alacağını belirtebilmek şimdiden mümkün değildir. Bunlardan koruma altına alma, polisin ilgili kişiyi, olay yerinde bir süre tutması, ilgili kişinin etrafını çevirerek onu etkisiz duruma getirmesi anlamına gelebilecektir. Ayrıca koruma altına almanın çeşitli durumları uygulamada ortaya çıkabilecektir. Uzaklaştırma ise, ilk bakışta, ilgili kişinin olay yerinden farklı bir yere götürülmesi anlamını taşıyabilecektir.

"....Buradaki “uzaklaştırma” da polise doğrudan bir müdahale yetkisi vermektedir. Örneğin bir gösteri yürüyüşünde gösterilerde polis belirli bir kişiyi gruptan çıkarabilecektir. Ayrıca “uzaklaştırma”nın neyi ifade ettiği ve polisin gruptan çıkarılan kişiyi nereye götürdüğünde uzaklaştırmanın gerçekleşmiş olacağı belirli değildir. Diğer bir ifadeyle, aslında “uzaklaştırma” polisin uygulayabileceği yeni bir kolluk tedbiridir ve sınırları son derece belirsizdir...." ¹⁰

Ancak hemen yeniden açıklayalım ki, korunan ya da uzaklaştırılan kişilerin karakollara, kolluk merkezlerine götürülüp götürülmeyecekleri, haklarında işlem yapılıp yapılmayacağı, şimdilik, belirsizdir. Belirsizliği *Keskin Kızıroğlu* şu şekilde ortaya koymaktadır :

"....."Uzaklaştırma"nın ne olduğu belirsizdir; nereye kadar uzaklaştırılabilir, belli değildir. Bu kapsamda polise sınırsız yetki verici niteliktedir; Anayasa'nın 13.maddesine aykırıdır....." ¹¹

İstanbul Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyeleri tarafından hazırlanan bilimsel görüşte de şöyle denilmektedir:

¹⁰ Amicus Curiae Raporu, Güncel Hukuk Dergisi, 2015/7-139, s. 14.

¹¹ **Keskin Kızıroğlu**, s. 153

Uzaklaştırma ifadesi ile adeta yeni bir idari kolluk tedbiri ihdas edilmektedir. Ancak uzaklaştırmanın ne anlama geldiği ve özellikle sınırları belirli değildir. Madde gerekçesinde olay yerinde uzaklaştırmanın yanı sıra, Anayasa'nın seyahat özgürlüğünü düzenleyen 23. maddesine atıfla suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla bu özgürlüğün sınırlanabileceğinden söz edilmekte, yangın sırasında itfaiye görevlilerine engel olan veya polis aldığı tedbirlere uymayan kişilere de bu tedbirin uygulanabileceği belirtilmektedir. Bu haliyle uzaklaştırma, yeni eklenen başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürme gibi soyut bir gerekçeyle, hukuka uygun bir toplantı veya gösteriye katılmak isteyen kişilerin bir yere veya bir şehre sokulmaması ya da bir yerden alınıp başka bir yere götürülmesi şeklinde icra edilebileceğinden, sınırları son derece geniş olup, ilgili haklar açısından ölçüsüz bir kısıtlama imkânı vermektedir. Dolayısıyla bu tedbire ilişkin olarak, eylem ve durumun niteliğine uygun ve bununla ölçülü uygulanması gerektiğine dair bir açıklık getirilmesi ve hatta diğer tedbirlerin yetersiz kalması halinde başvurulacak bir çare olduğunun belirtilerek bir sınırlama yapılması özgürlük ve güvenlik dengesini sağlayan bir düzenleme olacaktır¹².

4 - Kişi Güvenliği ve Gözaltına Alma

İç Güvenlik Kanunu'nun 13. maddesi ile CMK. 91/3. maddesine geniş bir fıkra eklenmiştir. Hüküm çok önemlidir ve Ceza Yargılaması Hukukunun ana ilkelerini değiştirecek bir özellik taşımaktadır.

Bu önemli değişiklik ve eklemeyi aynen aktarmak yararlı olacaktır :

".....Suçüstü hâlleriyle sınırlı olmak kaydıyla; kişi hakkında aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir. Gözaltına alma nedeninin ortadan kalkması hâlinde veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhâl ve her hâlde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına, yapılan işlem-

¹² İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri tarafından hazırlanmış olan "Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'na İlişkin Görüş", Güncel Hukuk Dergisi, 2015/3-135, s. 37.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilir. Kişi serbest bırakılmazsa yukarıdaki fıkralara göre işlem yapılır. Ancak kişi en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Bu fıkra kapsamında kolluk tarafından gözaltına alınan kişiler hakkında da gözaltına ilişkin hükümler uygulanır.

a) Toplumsal olaylar sırasında işlenen cebir ve şiddet içeren suçlar.

b) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten öldürme (madde 81, 82), taksirle öldürme (madde 85),

2. Kasten yaralama (madde 86, 87),

3. Cinsel saldırı (madde 102),

4. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

5. Hırsızlık (madde 141, 142),

6. Yağma (madde 148, 149),

7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

8. Bulaşıcı hastalıklara ilişkin tedbirlere aykırı davranma (madde 195),

9. Fuhuş (madde 227),

10. Kötü muamele (madde 232),

c) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununda yer alan suçlar.

d) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen suçlar.

e) 10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununa dayanılarak ilan edilen sokağa çıkma yasağını ihlal etme.

f) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen suçlar.”

CMK. 91. maddesine getirilen bu yeni hüküm ile çok önemli düzenlemeler yapılmıştır. Bunları ve ortaya çıkabilecek sorunları şu şekilde belirtebilmek mümkündür:

Düzenlemenin hemen başında, suçüstü hallerde mülki amirin, kolluk amirlerini gözaltı konusunda yetkili kılabileceği belirtilmiştir. CMK. 91/4 olarak yapılan eklemede aynen şöyle denilmektedir: " Suçüstü halleriyle sınırlı olmak kaydıyla, aşağıdaki bentlerde belirtilen suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol

açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir”.

Bu hüküm ile mülki amirler, belirli koşullar çerçevesinde Cumhuriyet Savcılarının yetkilerine sahip olmaktadır. Kuvvetler ayırımında Yürütmenin güncel işlemlerini yerine getiren İdarenin il çerçevesindeki yetkili böylece yargı erkine katılmaktadır. Mülki amirin bu şekilde Cumhuriyet Savcısının yetkilerine sahip olması kuvvetler ayrılığı ilkesine, yargının bağımsızlığı kuralına aykırıdır. Bu durumu *Demirbaş* şu şekilde eleştirmektedir:

".....Kolluk amirine Savcı yetkisinin verilmesi anlamına gelen böyle bir hüküm, kişi güvenliği ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı olup, işkence iddialarına karşı güvence olarak getirilmiş olan CMK'nın gözaltına alma kararının Savcı tarafından verilebileceği kuralından geriye gidişi ifade etmektedir....." ¹³.

Maddenin gerekçesi son derece ilginçtir ve bugünkü sisteme siyasal iktidarın bakış açısını yansıtmaktadır. Gerekçenin madde ile ilgili bölümü şöyledir:

"... 5271 Sayılı Kanuna göre yakalanan kişi, ancak Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilmektedir. Oysa gözaltına alma işlemi, yakalanan kişi hakkındaki işlemlerin (delillerin toplanması, ifade ve benzeri) tamamlanması amacına yöneliktir. Suçu işlediği yönündeki emarelere bağlı olarak yapılan gözaltı işlemi ile suçu işlediğine ilişkin ek ve somut deliller ortaya konmaktadır. Suçüstü hallerinde dahi gözaltı işlemi için Savcılığın gözaltı kararı zorunlu kılınmıştır. Mevcut düzenleme, kolluğa suç soruşturmasında hiçbir inisiyatif vermemekte, acele işlemlerin dahi yapılmasına engel teşkil etmektedir. Özellikle suçüstü hallerinde, faillerin sadece ifadelerinin alınarak serbest bırakılması ve evrakın Savcılığa gönderilmesi toplumda infial yaratabilmekte, bazen kasten yaralama gibi basit suçlardan büyük toplumsal olaylar meydana gelmektedir.

Madde ile, toplumda infial yaratan; öldürme, kasten yaralama, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, fuhuş, hırsızlık ve yağma ile uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti gibi sayma yoluyla belirlenen suçlarda ve suçüstü halleriyle sınırlı olmak kaydıyla kişi hakkında, mülki amirlerce

¹³ Bkz. **Demirbaş** Timur, İç Güvenlik Kanununun Ceza Muhakemesi Hukuku Esasları Açısından Değerlendirilmesi, (Güncel Hukuk Dergisi, 2015, sy. 5-137), s. 32. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar; suçüstü halleriyle sınırlı olmak kaydıyla şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylarda ve toplu olarak işlenen suçlarda ise kırk sekiz saate kadar gözaltına alma kararı verilebilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır....."¹⁴.

Bu durum İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri tarafından hazırlanmış olan Bilimsel Mütaalaa'da şöyle belirtilmiştir:

"..... Düzenleme CMK'nun genel sistemine ve pek çok hükmüne aykırıdır. Kanunun kendi içerisinde çelişkilere neden olabilecektir. Suç soruşturmasında mülki amir tarafından belirlenen kolluk amirine C. Savcısına haber dahi vermeksizin koruma tedbiri uygulama yetkisi verilmektedir. Düzenlemeye göre kolluk amirine tanınana bu yetki kapsamında yapılan işlemler hakkında 24 saat ve toplu suçlarda 48 saatlik süre bitmeden C. Savcısına haber vermek zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durum esasen C. Savcısının, adli görevleri bakımından emri altında bulunan kolluk görevlileri üzerinde yetkisinin sınırlanması ve adli soruşturmanın mülki amir, yani yürütme organı temsilcisi tarafından belirlenmiş kolluk görevlisi tarafından yapılması anlamına gelmektedir. Diğer yandan C. Savcısının bu zaman dilimi içerisinde gözaltı işlemine müdahale edip edemeyeceği de belli değildir, mevcut düzenleme C. Savcısı ve kolluk amiri veya mülki amir arasında yetki çatışmasını doğuracak mahiyettedir. Oysa CMK'nun 161. maddesi başta olmak üzere C. Savcısının yetkilerini düzenleyen bütün hükümleri, adli kolluk amir ve görevlilerini C. Savcısının emri altında çalışan kişiler olarak tanımlamıştır....."¹⁵.

Yapılan değişikliğin ikinci önemli sonucu Emniyet güçlerinin soruşturmada çok yetkili kılınmalarıdır. CMK. 90/5. maddeye göre yakalanan kişilerle ilgili Cumhuriyet Savcısına derhal bilgi verilmesi ve Savcının emri ile hareket edilmesi kural iken, son değişiklikle Savcıya durum bildirilmeden 24 saat ve toplu suçlarda 48 saat boyunca kolluk gözaltında şüp-

¹⁴ Bkz. Genel Gerekeçe, s. 37 (web.tbmm.gov.tr/gelenkagitlar/metinler/354189.pdf)

¹⁵ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri tarafından hazırlanmış olan "Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'na İlişkin Görüş",(Güncel Hukuk Dergisi, 2015/3), s.39.

heliyi tutabilmekte, gerekli araştırmaları ve incelemeleri yapabilmekte ve Savcıya konuyu iletmeme yetkisine sahip olmaktadır.

Gözaltındaki kişinin yargıç önüne çıkarılma süresi CMK. 91/1 ve 3. maddesinde yakalama anından itibaren 24 saat ve toplu suçlarda her defasında 1 gün olmak üzere 3 gün süre ile toplam 24 saat + 3 gün şeklinde düzenlenmişken, bu konuda Cumhuriyet Savcısı yetkili iken son değişiklikte bu sürenin azaltılıp azaltılmaması tartışma konusu olabilecektir. Şöyle ki; mülki amire ve kolluğa verilen yetki ile suçüstü halinde 24 saatlik gözaltından sonra Cumhuriyet Savcısına durumun bildirilmesinden sonra ikinci bir 24 saat eklenmesi ile gözaltı süresi 48 saat olabilecektir. Aynı şekilde toplu suçlarda mülki amir ve kolluğun işlemleri ile 48 saat olan gözaltı süresi Cumhuriyet Savcısına haber verildikten sonra birer gün toplam üç gün ek ile beş gün olabilecektir. Bu açıdan gözaltı süreleri uzayabilecektir.

Sorunu dikkate alan kanunkoyucu, maddenin gerekçesinde konuyu şöyle açıklamıştır:

"..... Öte yandan, gözaltına alma nedeninin ortadan kalkması halinde veya işlemlerin tamamlanması üzerine derhal ve her halde en geç yukarıda belirtilen sürelerin sonunda Cumhuriyet Savcısına yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı doğrultusunda hareket edilmesi öngörülmüş, Anayasa'ya uygun olarak kişinin en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda ise dört gün içinde hakim önüne çıkarılması teminat altına alınmıştır....." ¹⁶.

"..... Bu son derece vahim bir düzenlemedir, çünkü hem CMK'daki genel sisteme hem de "yakalama ve gözaltı" tedbirinin niteliğine aykırıdır.

Eklenen hüküm, bu haliyle adeta "gözaltı" tedbirinin "adli" niteliğini ortadan kaldıracak bir hükümdür.

Bu durum, esasında bir adli tedbir olarak öngörülen yakalama-gözaltı işlemine tamamen önleme amaçlı bir idari boyut kazandırılmasını ifade etmektedir. Bu ise hali hazırda uygulamada ciddi sorunlara neden olan "adli kolluk-idari kolluk" ayırımının daha da bulanıklaştırılması sonucunu doğuracaktır.

Bu özellikleriyle burada tanımlanan tedbir, aslında CMK 91'deki yakalama ve gözaltıdan başka bir şeydir. Hukuki dayanaktan yoksun böyle

¹⁶ Bkz. Genel Gerekeçe, 37 (web.tbmm.gov.tr/gelenkagitlar/metinler/354189.pdf) YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

bir tedbirin adı ancak hukuki olmayan bir ifade ile “kıskaca alma” olabilir...”¹⁷

“... Bu durum esasen C. Savcısının, adli görevleri bakımından emri altında bulunan kolluk görevlileri üzerinde yetkisinin sınırlanması ve adli soruşturmanın mülki amir, yani yürütme organı temsilcisi tarafından belirlenmiş kolluk görevlisi tarafından yapılması anlamına gelmektedir. Diğer yandan C. Savcısının bu zaman dilimi içerisinde gözaltı işlemine müdahale edip edemeyeceği de belli değildir, mevcut düzenleme C. Savcısı ve kolluk amiri veya mülki amir arasında yetki çatışmasını doğuracak mahiyettedir. Oysa CMK’nun 161. maddesi başta olmak üzere C. Savcısının yetkilerini düzenleyen bütün hükümleri, adli kolluk amir ve görevlilerini C. Savcısının emri altında çalışan kişiler olarak tanımlamıştır.

Böyle bir düzenleme polisin keyfi hareket alanını fazlasıyla genişletecektir. Cumhuriyet Savcısına haber verildikten sonraki işlemler de dikkate alındığında sürelerin katmerlenerek uzamasının önüne geçilemeyecektir. Bu durum ise kişilerin uzun süre keyfi şekilde tutulması uygulamasına imkan yaratır. Bu haliyle düzenleme, hem süreler hem de tedbire karar veren merci bakımından Anayasaya aykırıdır.

Kaldı ki; “toplumsal olaylar sırasında cebir ve şiddet içeren suçlar”ın ne anlama geldiği de belirsizdir? Böyle bir suç kategorisi bulunmamaktadır. Bu nedenle Kanunda bu kadar soyut ve genel bir belirleme yapılması son derece yanlıştır. Ayrıca “toplumsal olaylar sırasında işlenen suçlar”, polis ve jandarma açısından çok geniş ve neredeyse münhasır bir yetki alanını işaret etmektedir. Bu durumda olayların kolluk alanından çıkıp da adliyeye sirayet etmesi iyice yavaşlatılacak ve kolluk şiddetine, işkence ve kötü muameleye zemin hazırlayan bir keyfilik alanı yaratılmış olacaktır.

Bu düzenleme ile mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmidört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırksekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilmesini kabul etmesi savcılık makamının bir nevi ortadan kaldırılmasına yol açacak uygulamalarla karşılaşacağımızı göstermektedir.

Belirtilen sürelerin sonunda savcıya bilgi verilerek onun talimatı doğrultusunda hareket edileceği belirtilmiştir. “Ancak kişi en geç kırksekiz

¹⁷ Amicus Curiae Raporu, www.tchd.org.tr, s.93

saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır” denilmek suretiyle, bireysel suçlarda hâkim önüne çıkarılma süresi, “24 saatten, 48 saate” çıkarılmaktadır. Kolluk amirine savcı yetkisinin verilmesi anlamına gelen böyle bir hüküm, “*kişi güvenliği*” ve “*kuvvetler ayrılığı*” ilkelerine aykırı olup, “*işkence*” iddialarına karşı güvence olarak getirilmiş olan CMK’nın “*gözüaltına alma kararının*” savcı tarafından verilebileceği kuralından geriye gidişi ifade etmektedir.....”¹⁸.

Aynı konuda Keskin Kızıroğlu, ayrıntılı yorumu şöyle yapmaktadır:

“..... Polisçe şüpheli görülen kişilerin doğrudan doğruya polis tarafından gözüaltına alınması yetkisini düzenleyen ve bu gözüaltı işlemine karşı kişinin gidebileceği hiçbir yasal çare öngörmeyen bir düzenlemedir. Polisçe şüpheli görülen kişi söz konusu 24 saatlik veya 48 saatlik polisteki gözüaltı sürecinde hâkime başvurabilme hakkından yoksun bırakılmıştır. Bu kişi, ancak bu sürelerin bitiminde polisin C.Savcısına bilgi vermesi üzerine C.Savcısınca gözüaltı kararı verilirse, C.Savcısının gözüaltı kararına karşı hâkime başvurabilecektir. Bu şekliyle düzenleme Anayasanın 19.maddesinin 9.fıkrasındaki (paragrafındaki) hükme aykırıdır. Buna göre özgürlüğü kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir. Getirilen düzenleme ile polisteki gözüaltında kişinin bu hakkı tanınmamış olmaktadır.

Getirilen bu düzenleme ile ceza soruşturmasının yetkili makamı ve amiri olan Cumhuriyet Savcısı by pass edilerek mülki amir (vali, kaymakam) adli yargıda savcılaştırılmakta, ceza soruşturması makamı haline getirilmektedir. Hâlbuki adli kolluğun amiri savcıdır, C. Savcısı adli amiridir ve ceza soruşturmasının baş yetkilisi savcılıktır. Suçüstü hali gibi zorunluluk durumunda ancak ceza yargıci savcı yetkilerini kullanabilmektedir (CMK.md.163). Çünkü o da yargı erki içinde yer alan bir organdır. Mülki amir, adı üzerinde devletin yürütme erki bünyesinde yer alır, devletin yargı erki bünyesinde yer alan savcılık yetkileriyle donatılamaz. Bu nedenle anılan değişiklik Anayasanın 6/3. maddesindeki “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” hükmüne aykırı olduğu gibi, Anayasa’nın 11.maddesindeki Anaya-

¹⁸ Amicus Curiae Raporu, Güncel Hukuk Dergisi, 2015/7-139, s. 17.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

sa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne ve Anayasa'nın 140/1.maddesindeki, Hâkimler ve savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcılarını olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütülür; hüküme de aykırıdır.

Ayrıca, ceza muhakemesinde gözaltına alma koruma tedbiri, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (Anayasa md.19) ile ilgilidir. Kısaca, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması, geçici ve kısa süreli de olsa hapsedilmesidir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında hukuk devletinde ölçülülük ilkesi, sınırlama yetkisi tanınan merciler bakımından da aranır. Bu nedenle örneğin konutta aramada kolluk amirinin (yazılı) emir verme yetkisi kabul edilmemektedir. Konutta aramaya göre temel hak ve özgürlükler açısından daha ağır bir müdahale olan gözaltına almak yetkisi evle-yiyetle tanınmaz; bu yönden de ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturur.

Bundan başka polise tanınan bu gözaltı yetkisinin suçüstü hallerinde tanınmış olması, başlı başına suçüstü kavramıyla da uyuşmamaktadır. Çünkü suçüstü hali varsa, ortada C.Savcısına derhal haber verilebilecek bir hal var demektir. Şüpheliyi C.Savcısına derhal haber vermeksizin 24 saat, toplumsal olaylardaki suçüstü hallerinde 48 saat gözaltında tutmak suçüstü kavramına aykırıdır. Nitekim Türk Hukukunda bir zamanlar yürürlükte olan 3005 sayılı suçüstü halinde ceza muhakemesini düzenleyen Yasada da durum böyleydi. 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakemesi Hakkında Kanunda ağır cezalı olmayan suçlarda polis, şüpheliyi ve delillerini vakit geçirmeksizin aynı gün içinde savcılığa teslim ederdi; ağır cezalı suçlarda ise kolluk yine şüpheliyi yakaladığını derhal savcılığa haber vermek zorundaydı. Kendi kendine 24 saat veya 48 saat şüpheliyi gözaltında tutamazdı....."¹⁹

5 - Kolluk Amiri İle Mülki Amire Yargı Yetkileri Verilmesi

Yakalama ve gözaltına alma ile ilgili CMK. 91/4. maddesinde tutuklama, elkoyma ve telefon dinleme ile teknik takipte karşılaşılan bir takım suçların sıralamasını yapmıştır.

Türk hukukunda çok tartışılan ve koruma tedbirlerini adeta bir zorunlu uygulama haline getiren bu durumun şimdi de gözaltı için öngörülmesi uygulamada ağır sonuçlar yaratabilecektir. Bu konuyu *Demirbaş* da

¹⁹ Bkz. **Keskin Kızıroğlu**, s. 159.

eleştirmekte, yeni suçların eklenmesinin düşündürücü olduğunu belirtmektedir²⁰.

Yakalama ve gözaltına almada bir süre Cumhuriyet Savcısının bilgi ve denetiminin kaldırılması ileride tutuklamayı, adli kontrolü de etkileyebilecek ve bu uygulamaların çok tartışılmasına da neden olabilecektir. Geçmişte yaşanan ve bugün de yaşanmakta olan pek çok olay, bu olasılığın çok zayıf olmadığını gösterebilmektedir.

Madde değişikliğinde geçen "kolluk amirinin" kim olduğunu saptamak gerekmektedir. 6638 Sayılı Kanun 22. maddesi, 3201 Sayılı Kanunun 55. maddesini değiştirerek kolluk amirlerini şu şekilde belirlemiştir :

"..... Polis amirleri, rütbe sırası ile Komiser Yardımcısı, Komiser, Başkomiser, Emniyet Amiri, Dördüncü Sınıf Emniyet Müdürü, Üçüncü Sınıf Emniyet Müdürü, İkinci Sınıf Emniyet Müdürü, Birinci Sınıf Emniyet Müdürü ve Sınıf Üstü Emniyet Müdürüdür....."

Böylece mahallin mülki amirinin görevlendirileceği ve yetkilendirileceği kolluk amirlerinin çerçevesinin genişliği ortaya çıkabilmektedir.

Nihayet İl İdaresi Kanunu'nda yapılan değişikliğe değinmekte yarar bulunmaktadır. Değişiklik şöyledir:

"..... Vali, lüzumu halinde, kolluk amir ve memurlarına suç faillerinin bulunması için gereken emirleri verebilir. Kolluk bu emirleri, mevzuatta belirlenen usule uygun olarak yerine getirir....."

Böylece vali ve kaymakam, lüzumu halinde suç faillerinin bulunması için emir verebilecektir. *Demirbaş*'ın açıklamalarına göre bu durum ile Savcı yanında ikinci bir yetkili makam yaratılmaktadır. Bu düzenleme Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesine ve CMK. 160 vd. maddelerinde öngörülen soruşturma evresinin yetkilisinin Cumhuriyet Savcısı olması ilkesine aykırıdır²¹.

Düzenleme ile adli iş ve işlemlerde valiye görev ve yetki verilmektedir. Özellikle faillerin yakalanması ve suçun aydınlatılması noktasında Valiye tanınan yetki, Valinin C. Savcısının yetkilerini üzerine almasını, suç soruşturması tekeli olan Savcının devre dışı bırakılmasını sonuçlayacaktır. Adli iş ve işlemlerin yürütme tarafından icra edilmesi ise uygulamadaki sorunları dahada arttıracak ve suç soruşturmasında karmaşa doğuracaktır.

²⁰ Bkz. *Demirbaş*, 32.

²¹ Bkz. *Demirbaş*, 33.

Diğer yandan söz konusu düzenleme soruşturma işlemlerini yapmak yetkisine sahip C.Savcısı ile Vali arasında (ilçelerde kaymakam) yetki çatışmasının ortaya çıkmasına da neden olacak mahiyettedir²².

"..... Bu düzenleme ile getirilmek istenen düzene dair iki çarpıcı husus vardır:

1- Değişiklikle mülki amire yargısal yetkiler tanınmak isteniyor.

2- Cumhuriyet Savcısının adli kolluğa dair yetkileri tırpanlanarak, kolluk adli yönden de mülki amire bağlanmak isteniyor ve adli- idari kolluk arasındaki ayırım iyiden iyiye ortadan kaldırılmak isteniyor.

Düzenleme ile adli iş ve işlemlerde valiye görev ve yetki verilmektedir. Özellikle faillerin yakalanması ve suçun aydınlatılması noktasında Valiye tanınan yetki, Valinin C. Savcısının yetkilerini üzerine almasını, suç soruşturması tekeli olan Savcının devre dışı bırakılmasını sonuçlayacaktır. Adli iş ve işlemlerin yürütme tarafından icra edilmesi ise uygulamadaki sorunları daha da arttıracak ve suç soruşturmasında karmaşa doğuracaktır. Valiye bu yetkilerin verilmesi ile sanki bir toplum polisi yaratma projesi hayata geçiriliyor demektir.

Burada Valiye, "*adli konularda kolluk amir ve memurlarına suçun aydınlatılması ve suç faillerinin bulunması için gereken acele tedbirlerin alınması hususunda doğrudan emirler verebilme yetkisi*" verilmek suretiyle, soruşturma evresinde savcı yanında ikinci bir yetkili makam yaratılmaktadır. Bu, Anayasanın "*kuvvetler ayrılığı*" ilkesine ve CMK m.160 vd. maddelerinde öngörülen "*soruşturma evresinin yetkilisinin C.savcısı olması*" esasına aykırıdır....."²³

"..... Görüldüğü üzere merkezi idare teşkilatından olan valilere tıpkı yukarıdaki düzenlemede olduğu gibi savcılık yetkisi verilmektedir. Suçu aydınlatmak ve suç faillerinin bulunması için tedbir almak yetkisi adli bir yetkidir ve yürütme organına böyle bir yetki verilemez. Anayasa'nın 140/1. maddesine aykırıdır. Adli ve idari yargı hâkimliği ve savcılığı görevi bu hükme göre meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütülür. Valiler ne meslekten hâkim ne de meslekten savcıdırlar. İç Güvenlik Paketi ile getiri-

²² İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyeleri tarafından hazırlanmış olan "Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'na İlişkin Görüş", (Güncel Hukuk Dergisi, 2015/3-15), s.39

²³ Amicus Curiae Raporu, Güncel Hukuk Dergisi; 2015/7-139, s.17

len bu düzenleme ile vali, ceza muhakemesinde savcının konumuna getiriyor; savcıdan bağımsız bir ceza muhakemesi hukuku süjesi oluyor. Savcılık by pass ediliyor. Tipik bir yetki gaspıdır. Yürütme organına yargı organı yetkisi veriliyor. "lüzumu hali" ibaresiyle de bu yetkiye hiç bir sınır tanınmıyor..."²⁴

Sonuç

Kişî Güvenliği, bireyin özel ve kamusal hayatında kanunların koruması içinde yaşamasını ifade etmektedir. Bu güvenlik ancak belirli kavramlarla ve kurallarla sağlanabilmektedir. Yüzyıllar süren mücadeleler sonucu kazanılmış bu kavramların ve kuralların geçici kimi olayların etkisi ile değiş-tirilmemesi gerekir. Türk Hukukunda İç Güvenlik Kanunu olarak isimlendirilen değişiklikler böyle bir tehlikeyi yapısında bulundurmaktadır. Bu değişikliklerle kişî güvenliği güvensizliğe doğru kaydırılmıştır.

²⁴ Keskin Kızıroğlu, s. 160

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

EFFICIENCY IN RESOURCE ALLOCATION

(KAYNAKLARIN ETKİN AYIRIMI (TAHSİSİ))

Prof. Dr. Orhan ŞENER*

ÖZET

Kaynakların etkin ayırımı (tahsisi) maliye politikasının en önemli amacıdır ve bu amaç yerine getirilmediğinde, gelir dağılımını iyileştirme ve kamu maliyesinin makroekonomik istikrarını sağlama amacını yerine getirme olanağı yoktur. Maliye politikasının bu ana amacı, 1960lı ve 1970’li yıllarda Avrupa’da refah (sosyal) devletlerinde ve Türkiye’de başarıyla uygulandı. Buna karşın, 1980’li yıllardan beri özelleştirme, serbestleştirme ve finansal liberalizasyon gibi parasal politikalar dünya çapında ekonomik krizlerle sonuçlandı. Bu nedenle, bu makale 1960’lı ve 1970’li yılların teorik dayanağını olan, Richar Musgrave’in geliştirdiği mali politikalara dayanmaktadır. Kaynak ayırımında etkinlik, kamu ve özel sektörde kamusal ve özel ihtiyaçların etkin bir biçimde giderilmesini gerektirir. Bu nedenle, özel ve kamusal mal ve hizmetlere uygulanacak olan denge koşullarını analiz ediyoruz. Her iki sektör için denge koşulları sosyal üretim olanakları ve sosyal kayıtsızlık eğrileri analizine göre ortaya konulmaktadır. Makalenin ilk kısmında Türkiye’de kamu ve özel sektördeki etkinsizlikler sayılmaktadır. Bu çalışmamızın ikinci kesiminde ise, etkinlikten uzaklaştıran bazı bozucu durumlar ve sonuç kısmında ise, etkinliği yerine getirecek olan önerilerimiz açıklanmaktadır.

Anahtar kelimeler: Maliye politikasının amaçları, kaynak ayırımında (tahsisinde) etkinlik, Pareto etkinliği, sosyal üretim olanakları eğrisi, sosyal kayıtsızlık eğrisi, etkinsizlikler, sosyal denge.

* Kadir Has University Faculty of Law, Head of the Dept. of Tax Law, **e-mail:** orhanse-ner2006@hotmail.com

ABSTRACT

Efficiency in resource allocation is the most important goal of fiscal policy without which it would be impossible to improve the income distribution and macroeconomic stabilization goals of the modern public finance. This main goal of fiscal policy was successfully applied by the Western welfare states, known as the social states in Europe, and to a certain degree in Turkey during the 1960s and the 1970s. Whereas, neoliberal monetary policies such as privatization, deregulation and financial liberalization resulted in worldwide economic crises since the 1980s. For this reason, this study is based on the fiscal policies developed by Richard Musgrave, which became the theoretical back up in establishing social states in Europe in the 1960s and in the 1970s. Efficiency in resource allocation calls for the satisfaction of public and private needs by private and public sectors efficiently. For this reason, we analyze the efficiency conditions which would be applied to private and public goods and services. Analysis equilibrium conditions for both sectors are set based on social production possibility curve and social indifference curve. In the first part of this article examples of inefficiencies in private and public sector in Turkey are specified. In the second part of this article, some hindrances distorting efficiencies are explained, and my suggestions on how to restore efficiency are discussed.

Keywords: *Goals of fiscal policy, efficiency in resource allocation, Pareto efficiency, social production possibility curve, social indifference curve, inefficiencies, social balance.*

INTRODUCTION

In order to reach to welfare maximization in a mixed economy, three main and four sub goals of the public economy should be fulfilled. Three main goals of the public economy are; efficiency in resource allocation, fairness in income distribution and stabilization. The first two goals (efficiency and equity) are the preconditions to be met to secure the macroeconomic stabilization and its sub goals. Sub goals are sustainable growth rate, fulfillment of full employment, maintaining price level stability and bal-

ance in international trade. Unless the priority is given to the goal of efficiency in resource allocation, it is impossible to secure the other main and sub goals of the economy. If otherwise, the problems of conflicts and interdependences between the main and sub goals cannot be solved. For this reason, a proper fiscal policy should be designated in order to correct the trade-offs between all goals and to encourage the interrelatedness among the functions of the public economy. In this chapter we use some tools of welfare, political and micro economics in order to explain how to reach efficiency in resource allocation. The first part of this paper includes some models in setting the efficiency considerations in resource allocations. Thus, we make use of social possibility curve and social indifference curve analysis in setting the welfare maximization in terms of social balance and governmental involvement in efficiency in resource allocation. In the second part of our study, cases that distorts efficiency in resource allocation, with specific reference to Turkey, will be considered.

A. THE GOAL OF EFFICIENCY IN RESOURCE ALLOCATION

The basic task of economics is to deal with the satisfaction of unlimited scope of human wants with limited resources. Quality and the quantity of the factors of production such as the land, labor, capital and the entrepreneurship are not sufficient enough to produce goods and services along with the unlimited wants of the human beings. Since, unlimited quantity of goods are not produced with the limited factors of production, it calls for allocation of resources efficiently. Thus, the term of efficiency in resource allocation means, proper use of scarce resources both in market and public sectors to satisfy private and public goods. This means that market economy can not secure the efficient resource allocation per se, without governmental intervention. In the broader sense, efficiency in resource allocation calls for distribution of resources between public and private sector in order to satisfy the public and private wants efficiently.

There are many important differences between the satisfaction of private and public (social) wants. Private wants are satisfied by private goods, subject to supply and demand laws of the market mechanism. Prices of the private goods are determined by the supply and demand and it is paid on the voluntary basis. Whereas, satisfaction of the public wants depends on the political decision making process. Voters reveal their prefer-

ences (demands) for the public goods through voting process in the election periods. On the other hand the provision (supply) of the public goods is determined by the politicians, bureaucrats, big business and voters. Among these the big business and their pressure groups strongly affect the political decision making process much more than the voters.

a) Resource Allocation in Economic Systems

Each economic system determines the quantity of the public and private goods to be produced by market and the public economy. Most of the factors of the production are allocated by the state in socialist system, and the least by the market mechanism. But in capitalist system the most of the resources or the factors of production are used by market mechanism and the least part of the sources are used in public economy. Between these extreme economic systems, there are four types of mixed economic systems.

C a p i t a l i s m. Capitalism is an economic system based on private ownership of capital and factors of production. Profit maximization and increasing consumption are the main goal of producers and consumers. The production of goods and services is based on the supply demand laws operating in markets. Governments involve in production and regulations in varying degrees in different models of capitalism, Capitalism rose to prominence with the end of feudal economies. Its varying forms from wild capitalism (USA and Turkey) to social market economy (Germany) and state capitalism (China. And Russia) became the economic system of all of the Western countries. It is being highly criticized for it's underlying emphasis on profit leading to serious economic inequalities,

S t a t e S o c i a l i s m It is a doctrine advocating a planned economy controlled by the state, with state ownership of all industries and natural resources. Examples include former Soviet Socialist Republic, China, Cuba and North Korea. The power of the state is employed for the purpose of creating an egalitarian society by means of public control of major industries, banks etc, couples with economic planning and a social security system.

S t a t e c a p i t a l i s m In today's China state supports private firms, In it's state dominated socialist economy. State capitalism is a form of economic system in which the state owns or controls most of the means

of production. South Korea also applies state capitalism, even though it is market oriented country.

S o c i a l M a r k e t E c o n o m y Some economies function on behalf of the society, where the state oriented and market economy operates together as in Germany, in order to establish social state.

S t a t e O r i e n t e d (d o m i n a t e d) E c o n o m y As in the Scandinavian and in many of the European countries, such as France, Holland, Italy and other countries state dominates the economy. Although, these countries are mainly public oriented (or leaned) in nature, but they have also very developed market economies.

M a r k e t O r i e n t e d (d o m i n a t e d) E c o n o m y Most of the sources are allocated by the market mechanism as in the USA. Due to globalization movements which started in 1980's many countries are tending to neo liberalism, in which the role of the state reduced too much, as it happened to be in Turkey. Although, Turkey is a social state according to it's constitutions, but it became a market dominated economy since 1980s.

b) Factors Affecting Efficiency in Resource Allocation

There are too many factors negatively affecting efficiency in resource allocations and optimal inter sector allocation in public and private sectors as stated below(x). These distorting effects comes into operation in both market and public economy as the result of economic systems, mismanagement, and inefficient decision making process both in public and market economies. Important cases of efficiency and inefficiencies in public and market economies are as follows.

- Imperfect competitive conditions such as monopoly and oligopolies,
- conspicuous consumption motivation in market sector,
- free rider motivation in public sector,
- decreasing production conditions due to economics of scale,
- long run declining average cost in a natural monopoly,
- positive and negative externalities,
- zero marginal cost case,
- price discriminations,
- asymmetric information and principal agent problem,

- advertisements causing distortions in consumers preferences,
- waste in public sector,
- political connections leading to rent seeking,
- city rents leading to corruption,
- corruption in public sector,
- spoil system in public administration,
- campaign finance during the elections,
- financing religion by state,
- misadministration in public economy,
- spoil system in public administration,
- size of the government,
- number of the ministries,
- unfair income distribution,
- unfair and inefficient taxation system,
- quality of democracy and
- the low level of quality of education, health, social housing, mass transportation and social security services.

These inefficiencies in market and public economy negatively affected the wealth of the Turkish society as shown by international surveys like HDI (human development index, Corruption Perception Index and Legatum Better Life Indexes) many surveys(x). Effects of some of these factors on efficiency in resource allocation in Turkey, will be explained briefly below.

(x) H o u s i n g: room per person (32/36), dwellings with basic facilities (35/36), housing expenditures (21/36), I n c o m e : household net adjusted disposable income, J o b : employment rate (36/36), gender inequality (36/36), personal earnings (33/36), job security (33/36), C o m m u n i t y : quality of support network (33/36), E d u c a t i o n : educational attainment (36/36), gender inequality in education (35/35), years of education (32/36), E n v i r o n m e n t : air pollution (35/36), water quality (35/36), C i v i c E n g a g e m e n t s : consultation on rule making (26/36), voter turnout (5/36), H e a l t h : life expectancy (33/36), self reported health (22/36), S a f e t y : assault rate (28/36), homicide rate (30/36), W o r k - L i f e B a l a n c e : employee working very long hours (36/36), L i f e S a t i s f a c t i o n : (35/36), gender inequality (30/36), leisure time (36/36)

B. ECONOMIC ANALYSIS OF EFFICIENCY IN RESOURCE ALLOCATION

If the division of resources between the public and private sectors enables the citizens to satisfy their public and private wants efficiently, then optimal inter sector allocation will occur. In this case actual and optimal inter sector resource allocation will coincide leading to social balance. When the national income is divided equally between the public and private sectors, as it was the case in European countries in the years of 1960s and 1970s, possibility of existing of optimal inter sector allocation would be increases. This happened to be in European countries in 1960s and 1970s, where the size of the public sector reached to % 50. However, as in the example of USA where 34 % of the national income is allocated to state, optimal inter sector allocation can not be reached. The same holds true for Turkey, where only 20s % of the national income is allocated to public economy. When optimality in resource allocation is reached, true preferences of the citizens for the private goods are made effective by the distribution of income and the wealth. On the other hand, optimality in resource allocation in provision of public goods is achieved, when the voting power among the citizens is revealed through the political decision making process and when income is fairly distributed. The following model explains how the optimality in inter sector resource allocation is reached by making use of social production and social indifference curve analysis, based on marginal rate of substitution and marginal rate of production concepts.

a) Social production possibility curves

In explaining the inter sector optimality, social production possibility curve and social indifference curve analysis are used, as explained below Figure 1. Any point on social production possibility curve relates the marginal rate of transformation between the production of public and private goods (1).

Marginal rate of transformation (MRT) is the rate at which one good must be sacrificed in order to produce marginal unit of another good, Assuming that both goods require the same scarce resource. MRT is the absolute value of the slopes of the social production possibility curve. For each point on the production possibility curve there is different MRT, based on the producing each product individually. The MRT allowed economists to

analyze the opportunity cost to produce an extra unit of another good. Opportunity cost is represents in the lost production of another good.

The lower the level of social production possibility curve, the weaker the production potential of a country. The position of social production possibility curve can be shifted upwards by increasing the productive resources, sustainable growth rate or adopting new technologies, innovations and public borrowings. It shifts downwards during the wars, severe earthquakes, economic crises and mismanagement of public and private sectors. On the other hand, improvement in income distribution and political decision making process, it shifts upwards leading to higher welfare. In these cases the higher the social production curve the greater the production potential of the society and the social welfare.

The shape of the social production possibility curve is concave to the origin, because resources can't be substituted with equal efficiency. This means that a reallocation of resources from one sector to other one would increase and decrease the quantity produced. This relationship is shown below figure, where the vertical axis represents the public sector output and the horizontal axis showing private output.

(1) Herber, Bernard: Modern Public Finance, 5th ed., Richard IRWIN, Illionis, 1983.

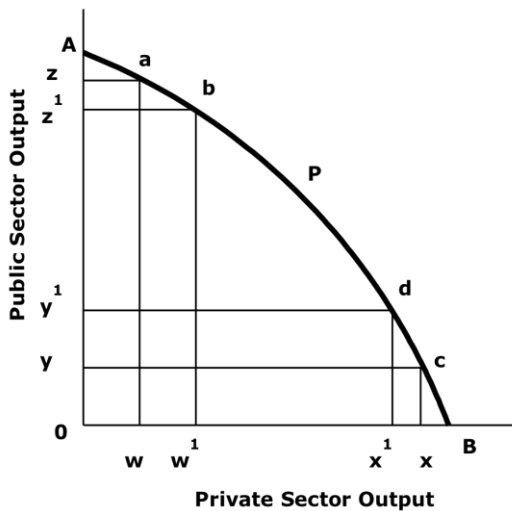


Figure 1: The production possibility curve for a society

A movement at the lower part of the social production possibility curve from (c) to (d) adds more to the provision of public goods more than the same resource could produce private goods. Conversely, a reallocation of the resources from public sector to private sector, or from (a) to (b), it increases the quantity produced in private sector more than the that of public sector. Thus, unequal trade-offs occur because the Law of Decreasing (diminishing) returns to scale comes into operation in both sectors. On the other hand, producing too many goods in one sector, result in operation of increasing cost conditions to occur. The nature of some goods and services such as defense, justice and compulsory education calls for provision of these services only by public sector. Because, citizens are not likely to reveal their true preferences due to collective consumption, non exclusion, and indivisible characteristics of public good. As we move from the upper and lower part of the social production possibility curve towards to point P, effects of the Laws of Increasing and Decreasing to scale disappears. At this point equal trade-offs occurs and optimal resource allocation is reached. Optimal resource allocation is also formulated by Pareto as follows(xx).

(xx) **P a r e t o E f f i c i e n c y C o n d i t i o n s** Many economists use Pareto Efficiency in consumption are the same for all consumers. Pareto Optimality occurs when no consumer can be made better off without making others worse off. In order to achieve Pareto Optimality four conditions must be met.

1. The marginal rate of substitution in consumption must be identical for all consumers. This conditions is satisfied when no consumer is made better off without making other consumer worse off.

2. The marginal rate of transformation in production must be equal for all products. This occurs when it is impossible to increase the production of any good without reducing the production of other goods.

3. The marginal resource cost must equal to the marginal revenue product for all production process.

4. The marginal rate of substitution in consumption must equal to the marginal rate of transformation.

b) Social Indifference Curves

Social indifference curve that slopes down to the right, depicts equal level of welfare for a society in consuming different combinations of public goods and services by a society. Since, each point on it represents the same level of social welfare, social indifference curves are parallel to each other and thus they never cross, like market type indifference curves.

To derive the proper position of point of P, corresponding to the optimal inter sector resource allocation, social indifference curve analysis must also be used. Each social indifference curves represent marginal rate of substitutions between private and public goods consumption, which yields the constant level social welfare. Marginal rate of substitution (MRS) It is the amount of the good that a consumer is willing to give up for another good. It is calculated between two goods placed on an indifference curve which is represents by the slopes of the social indifference curve. The law of Diminishing Marginal Rate of Substitution (MRS) indicates that, it decreases as one moves down along with the social indifference curve. As it is used in explaining the fairness of income distribution, Pareto conditions are also applied to determine the efficiency in resource allocation. as well. The higher position of the social indifference curve enables greater level of consumption possibilities from public and public goods. Thus, the higher level of social indifference curve also yields a high level of social welfare as shown by (s4).

The position of social indifference curves are determined by two factors. The first one is the state of income and wealth distribution as made effective by market mechanism. The second one is the political influence or revealing the true preferences of the citizens through political decision making process. Because, preferences of the citizens for private goods can't be made effective, unless they are backed by certain purchasing power in the market economy. This is why the fairness in income distribution as determined by the market is very important. On the other hand, equal consumption of public goods by under the equal representation in political decision making process is necessary. If pressure groups of big business affect the budgetary decisions, equal consumption of public goods are not possible for others. For this reason, governing parties and the bureaucrats should provide public goods to each citizen equally.

Contrary to the social production possibility curve, the shape of the social indifference curve is convex to origin. Because each social indifference curve represents diminishing marginal rate of substitution between the consumption of public and private goods, giving a constant level of welfare.

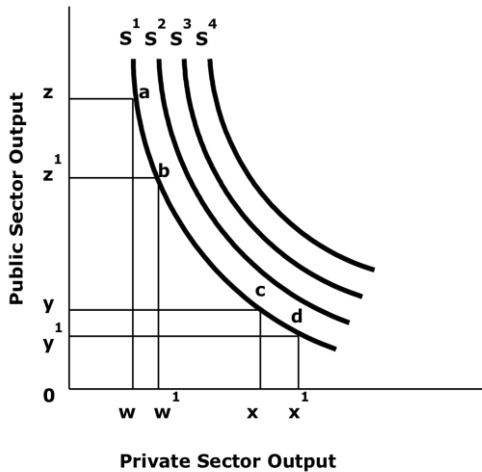


Figure 2: Social Indifference Curves

As shown by the upper part of social indifference curve, society is willing to give up more public goods to get a smaller quantity of private goods(2). On the other hand at the lower end of the social indifference curve society is willing to sacrifice more of the private goods to gain less amount of public goods. In this case, society is willing to give up less than proportionate amount of public goods as shown by a movement from (a) to (b). If society moves from (d) to (c), then it sacrifices less amount of private good but gains more amount of public good and services.

c) Optimal and Suboptimal Intersector Resource Allocation

Intersector allocation efficiency is reached where the social production possibility curve is tangent to one of the social indifference curve at point (a). Point (a) is the best obtainable point to maximize the welfare of the society, where the marginal rate of transformation is equal to marginal rate of substitution. This means that, at this point society's production capacity is matched with the preference of the citizens. This is the best obtainable point that represents the social balance, as proposed by Galbraight.

(2) Şener, Orhan: Modern Public Finance, Beta, İstanbul, 2.nd edi., 2014, p. 19-21.

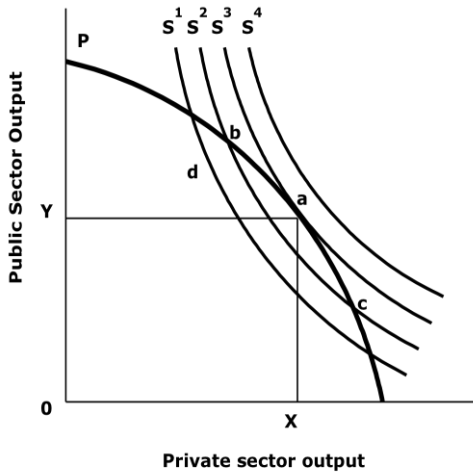


Figure 3: Optimal intersectoral allocation

Social Balance This term was first used by Canadian Economist, John Kenneth Galbraith, in his book *Affluent Society*(x). Galbraith applies this term to American market oriented economic system. He criticizes the system because private goods such as luxury housing and big size cars are overproduced at the expense of less quantity and quality of public goods such as health and education. He also argued that although the private needs of high income class are satisfied, but social wants such as health and education are not satisfied adequately for the majority of people. This leads to social imbalance problem in American Society. For this reason, he supports public oriented economic system to overcome social imbalance problem to increase social welfare. The term social imbalance result in under allocation of the sources to government. In socialist countries resources are over allocated to public sector, whereas in a capitalist country resources are over allocated to state, leading to inefficiency in resource allocation. Social imbalance in terms of over allocation and under allocation problem can only be solved only in state oriented economies, known as social state (welfare state), where the share of the government in national income is around to 50 percent. The state of social balance has been realized in European countries between the 1950s and 1980s, where the economic system was state dominated. However, due to regulations of public services and privatization of state economic enterprises, the social

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

state understanding is being highly violated in recent decades leading to inefficiencies.

C. INEFFICIENCIES IN PUBLIC SECTOR

Efficiency conditions are negatively affected by the operation of political decision making process. Political decision making process is determined by politicians, bureaucrats, big business and voters. Among them, big business affect provision of public goods and services more than others. This means that voters preferences revealed through elections may not coincide with production possibilities of the society. Followings are the important cases causing distortions from the efficiency in resource allocations in public sector in Turkey.

P o l i t i c i a n s

The main goals of Politicians are to maximize their votes and to be elected twice in next elections. To maximize their votes they offer bundle of public services reflecting the preferences of voters. In order to increase the number of votes they prepare large budgets calling for large budgetary propositions. However, enlarged budgets calls for increase in taxes, which in turn decreases the number of votes. Not to loose votes, they don't increase the indirect tax revenues. Thus, budget deficit is matched with the increasing public debt, which is financed through the increase in indirect tax revenues. However increase in indirect taxes and price of the public utilities result in decrease in social welfare of the society.

Politicians also try to maximize their income, in order to finance campaign finance and to compensate the income lost, if otherwise they weren't elected. Or this reasons, some of the politicians can be easily bought by the opponent parties during the reliance voting and establishments of the governments. During the reliance voting held in 1980s about 200 members of parliaments transferred from their parties to other parties, leading to bribe and political corruption.

B u r e a u c r a t s

The aim of the bureaucrats is to enlarge the bureau that they are controlling and increase their income and side benefits. Enlarging their power means to increase the number of the government employees and the workers, most of them are from their birth places. This would enable them to gain political support to be elected as a member of parliament. Thus, they

prepare public projects mainly favoring for their election regions, at the expense of decreasing in national interest. Thus, alternative social cost of these projects exceeded the social benefits, leading to inefficiencies in resource allocation in public sector.

Bureaucrats in Turkey want to have luxury offices, very expensive cars and hire too many employees. They can easily influence politicians because ministers need their technical expertise, in preparing the central government budget.

Big Business

Big firms exert heavy influence over governments through their businessmen associations such as TÜSİAD, MÜSİAD, press, media and other pressure groups in Turkey. During the election period they support political campaigns to get more tax benefits and buy public companies. Some private companies known as political siders, gain a lot of money in housing, road transportation, health and construction sectors at the expense of distorting competitiveness in market economy. Thus, some of the business firms not only causing inefficiencies in markets but they also distorted fair competition conditions among the political parties.

Voters

Voters reveal their preferences for public goods and services during the election periods undertaken within 4 or 5 years. In addition to this, most of the voters are motivated with their religious and nationalistic feelings, that can be easily exploited by the politicians. For this reason, unlike in Western democracies all governments are established by right wing political parties. Whereas, a social democratic party could become coalition partner only one term since 1970s. Thus public budgets reflects the preferences of right wing politicians leading to market oriented economic and financial policies. This process of political decision making resulted in over allocation resources to private goods and under allocation to the provision of public goods.

Political Decision Making Process

Turkish Election Law has been formed in 1980s not to allow coalition governments by imposing 10% national election threshold. Political parties like ANAP (Motherland Party) and AKP (Justice and Development Party) gained 2/3 of the seats at national assembly, with only 1/3 of the total votes leading to very serious misrepresentation problem. This misrepresenten-

tation problem gave rise to one party government in Turkey for the last three election period leading to government budget providing public services only for 1/3 of the electors. In addition to that, in small size election regions about 30 000 votes is good enough to elect one MP (member of parliament), whereas more than 130 000 votes are needed to choose a MP in big cities, increasing the misappropriation problem. In Eastern Turkey most of the voters are oriented by religious leaders, landlords, and local businessmen while giving their votes. During the political campaign state bureaucracy and facilities of public agencies are used on behalf of governing party, distorting fair competition conditions between political parties. All these factors contribute to misappropriations of public revenues in provision of public goods and service

The Size of The Government

According to principles of public economy, economic and social infrastructure such as rail transportation, health, education, social security and social services are mainly produced efficiently by the state(3). But this doesn't hold true in cases of misadministration, inefficient bureaucracy, waste in government and corruption. On the other hand the size of the government is very important in determination efficiency in resource allocation in public and private sectors. The share of the government in general economy or of the national income is less than 25 % in Turkey, which is about the half of the EU countries. This is the reason why the length of state railways is seven times shorter that that in European average. On the other hand, public sector in Turkey is downsized by means of privatization and deregulation process, leading to inefficiencies in both public and private sectors.

Too Many Ministries

There are 25 Ministry in Turkey for the time being, whereas EU average is around 12, which can be considered to be optimal number. Having too many ministries resulted in misadministration problems such as very big bureaucracy, duplicating of services and political implications. Duplication of services occurs when the same

(3) Gianaris, Nicholas: *Contemporary Public Finance*, Prager, London, 1978, p.74-76

service is performed by the another ministry or governmental agency resulting in waste and inefficiencies in public spending. As in the case of

Ministry of Education, there are many ministries and their agencies such as Ministry of Culture, Ministry of Youth and Sports and too many General Directorship performing the somewhat the similar educational services. For instance there are 15 administrations dealing with traffic problems, most of them feel themselves irresponsible of doing their task, thinking of that the other administrations may concern about.

W a s t e

In addition to many ministries there are more than 150 governmental agencies, most of them are providing the similar services, opposing to principles of economics of scope and economics of scale. According to a study undertaken by Turkish Chamber of Commerce (TOBB) these type of waste reached to 110 billion liras in 1990s. Luxury administrative buildings, cars, foreign country trips, and red type expenses are the examples of wastes increasing year by year. In addition to these, very costly projects such as 3rd Bridge and 3rd AirPort increase waste in public sector.

E d u c a t i o n

The quality of education is the most important factor generating huge positive externalities, which reduces the cost of production in market economy and increases the welfare of the society. Although educational expenditures are increasing in Turkey, but quality of education is decreasing as released by PISA. Opposing to the scientific and secular education, increasing tendency of religious education also plays negative effects on political decision making process in Turkey.

T r a n s p o r t a t i o n

There are to many cases showing inefficiencies in public and private transportation in Turkey. Firstly, more than 95% of the transportation services are undertaken by private companies generating too many negative externalities. These externalities take the form of high number of the people lost on highways, oil consumption increasing foreign trade deficit, agricultural area lost due to highways construction and corruption. Secondly, public transportation modes such as high speed trains, intercity trains, metros and municipality run buses are not sufficient enough to decrease the cost of production and prices. Thus, lacking of infrastructure of mass transportation also contributes to the cost push inflation problem in Turkey.

C o r r u p t i o n

Corruption not only distorts the social and political value judgments of the society, but also reduces the efficiency in both public and market economy. It also undermines justice and economic development and destroys the democracy. Transparency International releases Corruption Perception Index(CPI) measuring the perceived levels of public sector corruption in countries worldwide. Countries are scored from 0 (highly corrupted) to 100 (very clean). Those countries scoring less than 50 out of 100 are perceived to have a very serious corruption problem discourages the entrance of foreign direct investments. Turkey's ranking is 53 with a country score of 50 among the 177 countries, according to CPI 2013. However, corruption perception index of Turkey increased to 64 in 2014.

P r i v a t i z a t i o n

Most of the state economic enterprises and strategic public firms have been sold to private companies at very low prices. In addition to state economic enterprises and state firms, entrance to public parks and beaches also privatized after 2000s. Unfortunately, privatization process in Turkey didn't help to increase the efficiency in market economy. Because, most of the privatized firms became rent seekers, and they invested on housing rather than producing basic goods. Then, prices of goods increased and quantity produced decreased, while the number of the people employed reduced, as the result of privatization process. Another tendency is the salaries of the managers increased at the expense of decreasing wages of employees, because it is less costly to employ workers under term contracts. Privatization also increased the inefficiencies in public economy. Government finances foreign debt service (principal and interest) through privatization revenues, leading to heavy increase in external public debt. Although, privatization revenues increased 60 billion dollars so far, at the expense of increasing public debt from 129 billion dollars in 2002 to 400 billion dollars in 2015.

D e r e g u l a t i o n

In Turkey public services such as health, education, transportation and too many governmental agencies have been deregulated since 1980s. Under the deregulation practice, government controls and regulations have been lifted, and provision of public services are allowed to be undertaken by market firms. However, due to characteristics of public goods and ser-

vices such as indivisibility, non exclusions and collective consumption market firms failed in provision, leading to inefficiencies in both market and public economies. To benefit from the consumer's surplus, market firms differentiated the quality of services according to purchasing power of the income groups. Fees of deregulated high schools, universities, housing and health services are increased too much enabling only high income people could benefit from these services. Thus, equal consumption and non exclusions characteristics of public goods are forgone. Besides these quality of deregulated bus and minibuses (minibus) services are highly reduced, as compared to municipality run transportation means. All these deregulation practices not only caused inefficiencies in resource allocations but also contributed to unfair income distribution in Turkey.

P u b l i c B a d s

Industrialization process in market economies resulted in many unwanted effects on welfare of the society. Water, air, noise, and other types of pollutions known as public bads, generated by the market firms adversely affect the well being of the consumers. Economic theory assumes that, those public bads generated by the market firms are over produced from that of social optimum level leading to inefficiencies in resource allocations.

M e r i t G o o d s

In Western states there are some socialized private goods and services whose consumption is accepted very beneficial for the society. Examples of these goods include free entrance to Museums, baby milks, scholarships, classical music concerts given in parks to public and public transportation passes. These meritorious goods and services are not provided by the markets leading to inefficiencies in resource allocations as to welfare of society is concerned.

D. INEFFICIENCIES IN MARKET ECONOMY

Existence of imperfectly competitive conditions in the market mechanism causes important distortions from the perfectly competition conditions. These imperfections lead to inefficiency in resource allocation in market economy. Imperfect competitiveness is the result of specific production conditions and monopolistic tendencies in market economy. State intervenes with the market economy in order to protect the society from the

underproduction and higher prices that the monopolies exert. In order to restore the efficiency in resource allocation in market economy, state corrects the imperfections by making use of following instruments where the market firms are not efficient.

I m p e r f e c t C o m p e t i t i o n

There are many cases in market economy such as monopoly and oligopolies causing inefficiencies in the form of higher prices and lower quantities produced. They also spoil the competitiveness conditions among the firms. Monopolies and oligopolies organized in the form of big business, can easily exert their influences on political decision making process and on bureaucrats.

A s y m m e t r i c I n f o r m a t i o n

Markets are not that efficient in giving proper information about the price setting of the goods as neoclassical economics suggested. Because, sellers of the goods have more knowledge than that of the consumers, as heterodox economists argued. As in the case of prescriptions of medicines and technical materials consumers can't easily access to the proper information, leading to inefficiencies in resource allocations.

U n f a i r I n c o m e D i s t r i b u t i o n

Market mechanism generally leads to unfair income distribution if otherwise controlled by government. As long as the income distribution becomes unfair, then market mechanism doesn't work efficiently. Because, unfair income distribution result in lack of demand for the goods mainly consumed by low income families, which in turn reduced the welfare of the society. Deregulation and privatization policies undertaken by the government resulted in serious income distribution problem in Turkey.

R e n t S e e k i n g

As in metropolitan cities, many firms invest on such sectors producing high level of profits. Due to political connections with governmental agencies, firms are mostly investing in housing industry yielding significant city rents. Since its ratio to national income is too low in Turkey, scarce savings are spent on unproductive housing sector, that contributes increasing unemployment and inefficiency in resource allocation in the long run.

C a m p a i g n F i n a n c e

During the general and municipality elections many big firms support the political parties to benefit from tax incentives and tax loopholes. They especially give support to governing party by providing transportation means and food to be distributes to the voters in election meetings. Thus, this companies are given priorities during the privatization and de-regulation process

S o c i a l H o u s i n g

The aim of the social housing in EU countries is to provide affordable houses to low income families. Social houses are owned by the state or non profit organizations amounts more than 50 % of the national housing stock in these countries. Unlike in Turkey, they are not sold to low income families, but they are rented at low prices. The aim of the social housing is to improve income distribution, through increasing the real income of the low income families. Whereas, housing projects of government in Turkey, is likely to distort the fairness in income distribution. Because, both private and governmental housing administrations are producing luxury houses, to benefit from the generated city rents by the municipalities. Opposing to European social housing policy, market provision is supported by the government. A Limited number of the social houses known as lojmanlar are rented at a lower rate to military and government officials. Politicians implicitly allow immigrant families to construct squatter houses (gecekondu) around the big cities. Besides this, a Housing Development Agency (TOKİ), provides luxury houses and thus generating huge city rents and sell the houses to low income families.

S t a t e C o n t r o l o f C e i l i n g a n d F l o o r P r i c i n g

In order to protect the farmers from the sensitive prices of crops to demand, government applies floor prices. However, government uses agricultural pricing policies to increase the votes. But, this policy result in overproduction of supported crop at the expense of its substitutes, leading to inefficiencies in agriculture.

A n t i t r u s t L a w s

Market mechanism generates monopolies, oligopolies and cartels causing inefficiencies in the form of charging higher higher prices and lower quantities than the social output level. To cope with the distortions

from the efficient resource allocation, western government controls monopolistic tendencies by imposing antitrust laws and regulatory measures.

D e c r e a s i n g C o s t s

Economics of scale and scope economies enables firms to produce goods at lower costs and higher quantities, improving the efficiency in resource allocation. According to economic theory, cost minimization in production calls for providing goods and services only by big firm or a monopoly. But market monopolies try to maximize profits, thus disregarding cost minimization. This is the main reason of establishment of natural monopolies and state economic enterprises, to provide and produce necessities and to charge social prices lower than market prices.

M a r g i n a l c o s t i s z e r o c a s e

Suppose that a dam is constructed to produce water, however if it is possible to produce electricity at the same time, through a generator whose cost is negligible in long term. Thus, the electricity whose provision dependent on another good is produced at zero marginal cost. Efficiency in resource allocation called for, under marginal cost is zero production conditions, the price of electricity must be zero. Although, private firms never apply zero prices, state can provide to many public goods at free of charge.

P o s i t i v e e x t e r n a l i t i e s

As in the example of a good quality education have many effects in the forms of increase in productivity, improvement in democracy, decrease in crime rates etc. When these positive externalities occur, market firms are likely to produce less than the optimal level of social output and charges higher prices. In order to internalize the social benefits, government provides subsidy to the firms to correct the potential positive externalities.

N e g a t i v e e x t e r n a l i t i e s

Industrialization gives rise to generating environmental problems such as water, noise and air pollutions, known as negative externalities. In cases of negative externalities, market firms are likely to produce more than the optimal level of the social output. In order to internalize the social costs, government imposes sumptuary or corrective taxes and takes regulatory measures, to restore efficiency conditions in markets.

A d v e r t i s e m e n t

Some advertisements made by the firms give wrong information about the quality of the goods and services, leading to misuse of scarce

resources by the market mechanism. False advertisements also distorts fair competition conditions among the firms. Advertisements creates new preferences to the those goods, leading to conspicuous consumption motivation. For instance, important part of the family budget is spent on smart phones by the low income families in Turkey. Thus, scarce resources are spent on brand goods and luxury goods distorting the efficiency. To protect the consumers and to restore the fair competition conditions, state controls market through it's regulatory agencies.

CONCLUSION

All international statistics such as Legatum , Human Development (HDI) and OECD and Corruption Perception released that, Turkish private and public economies are bound to serious inefficiencies in resources. To cope with those inefficiencies stated above, economic, social and political reforms must be undertaken. Followings are my suggestions to cope with the inefficiencies that I tried to emphasise in this paper.

Firstly, all laws concerning with political, economic and social life must be lifted. In doing so, political parties are not allowed to exploit national and religious feelings of the citizians. Election law should be design in such a way, so that over and under representation problems would not occur. This calls for lifting the 10 per cent election threshold. As to public administration is concerned; bribery corruption, red tape, spoil system, nepotizm and other misadministrative behaviors of buraucrats, politicians and political siders should be banned.

Secondly, monopolistic and oligopolistic tendencies in market economy should be taken under control. Those public firm, state economic enterprises and public utilities generating important positive externalities should be nationalized. By doing so, efficiency in public and private sectors will be restored. Teaching philosophy should based on secular and scientific grounds ot compolsory education level. Courses like accounting and basic economics should be introduced to high schools.

KAYNAKÇA

Arrow, J. Kenneth: “Uncertainty and Evaluation of Public Investment Decisions”, Cost Benefit Analysis, Penguin Books, Ltd. Middlesex, 1972

Buchanan, James: Public Finance in Democratic Process, The University of North Caroline Press, Chapell Hill, 1967

Cullis J. – Jones, P. : Public Finance and Public Choice, Mc Graw Hill, London, 1992

Galbright, J. Kenneth: The Affulent Society, Houghton, Mifflin Co., Boston, 1958

Gianaris, Nicholas: Contemporary Public Finance, Praeger, Newyork, 1989

Herber, Bernard: Modern Public Finance, Richard D Irwin, Illinois, 1983

Musgrave, Richard: The Theory of Public Finance, McGraw Hill, Tokyo, 1958

Çevirisi, Orhan Şener, Kamu Maliyesi Teorisi, Marmara Üni., 2005

Şener, Orhan: Modern Public Finance, 2.nd edi., Beta, İstanbul, 2014

DEVLETLERİN EGEMEN EŞİTLİĞİ PRENSİBİ VE FİİLİ EŞİTSİZLİK

(PRINCIPLE OF SOVEREIGN EQUALITY OF STATES AND DE FACTO INEQUALITY)

Prof. Dr. A. Füsün ARSAVA*

ÖZET

Devletlerin egemen eşitliği uluslararası hukuk normu oluşturmaktadır. Çağdaş uluslararası hukukta yer alan egemenlik prensibi bütün devletlerin uluslararası hukuk önündeki statüsünü eşit olarak nitelendirmektedir. Egemen eşitlik prensibinin eşit hiyerarşiye sahip egemenlik ve eşitlik unsurlarının birbirleriyle gerilim içinde olması hukuki ve fiili eşitliğin birbirleriyle çelişmesinden ileri gelmektedir. Egemen eşitlik prensibi fiili farklılıklardan soyutlanmış bir varsayıma istinat etmektedir. Makale hangi spesifik özellikler nedeniyle fiili eşitsizlik durumlarından söz edildiğine ve fiili eşitsizliğin giderilmesine yönelik tartışma ve çözümlere ışık tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Egemenlik, konfederasyon, federasyon, kuvvet kullanma ve kullanma tehdidi yasağı, İsrail'in duvar inşası ile ilgili Uluslararası Adalet Divanı danışma görüşü

ABSTRACT

Sovereign equality of states constitutes the norm of international law. According to the contemporary international law principle of sovereignty, all states are equal under the international law. Nonetheless, the tension between sovereignty and equality, which are elements of the principle of sovereign equality, is the result of conflict between legal equality and de facto equality. The principle of sovereign equality is based on an

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Genel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: fusun.arsava@atilim.edu.tr

assumption abstracted from the actual difference. The aim of this article is to shed light on the reasons for de facto inequality and the debates on how to eliminate de facto inequality.

Keywords: *Sovereignty, confederation, federation, prohibition of the use of force and threat of the use of force, advisory opinion of the Court of Justice on construction of a wall by Israel.*

Giriş

Devletlerin egemen eşitliği uluslararası bir hukuk normu olarak geçerlidir. BM anlaşmasının 2.madde, 1.fıkrasında ve BM Genel Kurulunun BM anlaşmasının prensiplerinin resmen yorumlandığı deklarasyonda¹ ortaya çıkan tablo devletlerin egemen eşitliği prensibinin uluslararası hukukta anayasa prensibi olarak geçerli olduğunu göstermektedir. Bu prensip BM anlaşmasında ilk kez yer alan kuvvet kullanma yasağı, kendi kaderini tayin etme hakkı ve devletler arasında barışçı işbirliği prensiplerinin şekillendirdiği çağdaş uluslararası hukukun özelliklerini özünde yansıtmaktadır². Devletlerin egemenliği prensibinin içeriği büyük ölçüde BM anlaşmasının yukarıda işaret edilen diğer prensipleri ile birlikte belirlenmiştir.

Devletlerin egemenliği prensibi özellikle 1945'ten itibaren prensibin içeriğinde meydana gelen değişikliğe bağlı olarak uluslararası hukuk ve ulusal hukukun kesişme noktasında eş zamanlı sonuçlar doğuran bir prensip olarak karşımıza çıkmaktadır. BM anlaşmasını düzenleyenlerin “egemen eşitlik” nitelendirmesi üzerinde mutabık kalmaları devletlerin egemenliğini, devletlerin eşitliğinin sıfatı haline getirmiştir. Normun en önemli vurgusu, bütün devletlerin ekonomik, sosyal, siyasi ve diğer farklılıklardan bağımsız olarak eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğunu öngörmesidir. Bu şekilde prensip, ülkesi ve nüfusu farklı büyüklüğe sahip olan ve aynı şekilde ekonomik, siyasi ve askeri gücü birbirinden farklı BM üyesi devletlerini birbirine bağlayan önemli bir işlev üstlenmiştir. Fiktif olarak

¹ BM Genel Kurulunun 24.Ekim.1970 tarihli Devletlerarasında İşbirliği ve Dostça İlişkiler Deklarasyonu için bkz.: UNYB 24(1970), s.788).

² Daniel Thürer, *Modernes Völkerrecht. Ein System im Wandel und Wachstum – Gerechtigkeitsgedanke als Kraft der Veränderung?*, bkz. ZaöRV Bd.60 (2000), 557 vd.)

kabul edilen devletlerin hukuki eşitliği, herşeyin üstünde olma, üstün ve sınırsız yetkiye sahip olmayı ifade eden egemenlik kavramına ters düşmektedir³. Bu çelişki çağdaş egemenlik kavramına başka bir anlam verilerek çözülmüştür. Devletlerin egemenliği bugünkü uluslararası hukuk açısından devletlerin iç işleri itibariyle ülkesinde ve ülkesinde yaşayan halkı için ülkesel ve kişisel egemenlik yetkisinin kullanılması anlamında hukuk ihdası, uygulaması, icrası bakımından nihai karar yetkisine sahip olması anlamını taşımaktadır. Dış ilişkilerinin şekillendirilmesinde ise egemenlik devletlerin diğer devletlerin kararlarından prensip olarak bağımsız olmasını ve sadece uluslararası hukukun kurallarına tabî olması anlamını taşımaktadır.

Egemenlik yaklaşımının değişikliğe uğraması

Egemenlik yaklaşımı 1945'ten itibaren prensip olarak değişikliğe uğramıştır⁴. Egemenlik sadece eşitlik prensibine bir sıfat olarak eklenmekle kalmamış, aynı zamanda güçlü olana keyfine göre savaş yapma, pacta sunt servanda prensibini gözardı etme olanağı veren mutlak egemenlik yaklaşımından uzaklaşarak, anayasallaşma sürecindeki uluslararası hukuk düzeni çerçevesinde eşitler arasında barışçıl işbirliği ve halkların SDR ve insan haklarına istinat eden bir içerik kazanmıştır⁵. Bu nedenler ışığında egemen eşitlik prensibi daha kısa şekilde egemenlik prensibi olarak ifade edilebilir. Egemenlik düşüncesi hiçbir şekilde eşitlik varsayımı ile ortadan kalkmamıştır. Egemenlik, eşitlik düşüncesi yanısıra uluslararası ilişkilere katılan devletlerin ayırıcı özelliğini teşkil etmektedir. Egemen olmayan bir devletin tasavvur edilmesi mümkün değildir. Devlet münferit egemenlik haklarından feragat edilebilir, ancak egemenliğinin tümünden feragat edemez. Egemenlik özelliği devlet olarak kaldığı sürece onu takip eder. Hatta akamete uğrayan devletlerde (failed States) – ilgili devletin uluslararası hukuk sujeliğinin korunması için – yeni devlet oluşuncaya kadar artık egemenlik-

³ Juliane Kokott, Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, bknz. ZaöRV Bd.64 (2004), s. 16.

⁴ Gernot Biehler, Souveränität im Wandel – Rückzug des Staates aus der internationalen Verantwortung?, bknz.: Der Staat 35, (1966), s. 99.

⁵ karşıt.: Bardo Fassbender, Die Souveräne Gleichheit der Staaten – ein angefochtenes Grundprinzip des Völkerrechts, bknz.: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung "Das Parlament" vom 18.Oktober.2004, B 43/2004, 7(11)
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ten hareket ederek akamete uğrayan devletin BM'deki ve diğer uluslararası örgütlerdeki üyeliği devam ettirilmektedir.

Egemen eşitlik prensibi uluslararası barışçıl işbirliği prensibi muvacehesinde uluslararası hukukun ulusal hukukla bütünleşmesinde eklem işlevi görmektedir Egemenliklerinin kullanımı bağlamında devletler artan bir şekilde eskiden münhasıran içişlerine ait olan konuları uluslararası anlaşma konusu yaparak uluslararasılaştırmışlardır. İnsan hakları gibi düzenleme konuları bu şekilde çifte karakter kazanmıştır. İnsan hakları teminatının devlet ve vatandaş ilişkisinde sağlandığı durumlarda, konu bir iç işleri sorunu olarak ele alınmaktadır⁶. Devletler aynı şekilde insan haklarının korunmasına ilişkin çok sayıda anlaşmada uluslararası seviyede öngörülen yükümlülükleri yerine getirmeyi taahhüt etmekte ve AİHK'da olduğu gibi denetim prosedürüne tâbi olmayı kabul etmektedir. Uluslararasılaştırılan konular ulusal egemenlik üzerinden ulusal ve uluslararası konuların nasıl birbirine bağlandığını açıkça göstermektedir.

Konfederal yapılarda egemenlik

Ulusal ve uluslararası konuların bir ağ gibi birbiriyle iç içe geçmesi AB gibi bir entegrasyon topluluğuna üye olan devletler bakımından oldukça açıktır. Üye devletlerin egemenlik haklarını artan bir şekilde Topluluğa devretmeleri üye devletlerden ayrı, kendi hukuk sujeliği ve hukuku düzeni olan bir konfederasyonun oluşumuna yol açmıştır⁷. Topluluğa devredilen egemenlik hakları Konfederasyonun ortak kullanımı için tahsis edilmiştir. Ulusal egemenlik hakları bu anlamda Konfederasyon için terk edilmiş olmamakla beraber, yeni bir nitelik kazanmış ve münhasıran üye devletlerin tasarruf olanağının dışında bırakılmıştır. Bir üye devletin egemenlik haklarını bir devlet olarak bağımsızlığını ve egemenliğini kaybetmeksizin Birliğe sınırsız şekilde devretme olanağına sahip olup olmadığı tartışma yaratan bir konudur. Egemenliğin içi boş bir kılıf gibi görülmemesi, tersine kural olarak bu kılıfın muhtevasının olduğunun bilinmesi gerekmektedir. Hangi hakların AB'ne devri durumunda üye devletlerin egemenliğini kaybetmesi sonucu doğacağı konusunda sayısal olarak belirlenmiş bir ege-

⁶ Gerd Seidel, Die Völkerrechtsordnung an der Schwelle zum 21.Jahrhundert, bknz.: AVR Bd.38 (2000), s. 23 vd.

⁷ Thomas Opper mann, Wesen der Europäischen Union, bknz: Thomas Opper mann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim, Europarecht, 4.bası 2009, §4 vd.

menlik hakları kataloğu bulunmamaktadır. Devletlerin bağımsızlığını özünde etkileyen, örneğin bütçe gibi alanlara ilişkin haklarını, AB organları demokratik meşruiyet kazanmadan AB'ne devredilmesi münferit devletlerin bağımsız tasarruf olanaklarını kaybetmelerine yol açacağı nispette egemenliğin içinin boşalmasına yol açacağı düşünülmektedir. Bütçe konusunda egemen olan halk münferit üye devletlerde AB organlarını yetkilendirmediği nispette egemenlik hakkı devrinin meşruiyetinden söz edilmesi mümkün görülmemektedir. Federal Almanya'da örneğin bunun sağlanması ancak bir plebisitle mümkün olabilir. Geçerli GG bu olanağı öngörmediği için GG 146.madde muvacehesinde yeni bir anayasanın yapılması gerekmektedir. Yeni bir anayasa yapılmasının karmaşıklığı ve uzun zaman alması nedeniyle GG'in Avrupa Parlamentosuna yetki devrini plebisitle temin etmeye matuf olacak şekilde değiştirilmesi düşünülebilir. Ancak bu durum AB Parlamentosunun yetkilerinin artırılması sonucu doğuracağı için, bu formülün de uygulanmasının önemli bir zamana ihtiyaç göstereceği kuşkusuzdur. Plebisitten vazgeçilmesinin ise GG'i ihlâli sonucunu doğuracağına gözdardı edilmemesi gerekir.

Halk oylaması yapılması sadece ulusal hukuk düzeninin bir gereği olarak değil, aynı zamanda uluslararası hukuk muvacehesinde devletlerin egemen eşitliği ve halkların kendi kaderini tayin etme prensipleri arasındaki çatışmanın giderilmesinin bir gereği olarak görülmektedir. Devletlerin egemenliği prensibinin arkasında uluslararası hukuk muvacehesinde halkların kendi kaderini tayin etme hakkı, anayasa hukuku muvacehesinde ise uluslararası hukukta SDR olarak tanınan ve teminat altına alınan millet egemenliği prensibi bulunmaktadır⁸.

Bu tablo AB gibi entegrasyon topluluklarında dahi üye devletlerin egemenliklerinin önemini göstermektedir. Önemli entegrasyon adımlarının daima üye devletlerin egemenliklerine atfen atılması mümkündür. Üye devletler eskiden olduğu gibi bugün de anlaşmaların efendisidir ve böyle kalmak istemektedir. AB'den çıkma olanağına ilişkin olarak AB anlaşmasında ve bir örnek olarak GG'de öngörülen düzenleme bu iradeyi açık olarak yansıtmaktadır (AB anl. md.50; GG md.23, fıkra 1). Üye devletlerin hakları öngörülebilir bir zaman dilimi için, bunun üye devletlerin egemenliğinin sonu olabileceği düşüncesiyle AB'ne genel bir Kompetenz-

⁸ Martin Ott, *Das Recht auf Sezession als Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts der Völker*, 2008, 103 vd.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Kompetenz verme iradesine sahip değildir. Devlet, egemenlik haklarıyla ilgili konularda ülkesinde yaşayan halktan bağımsız adım atamaz. Avrupa halklarına onların iradesi dikkate alınmaksızın Avrupa Federal Devletinin empoze edilmesi Avrupa halkları arasında barış yerine huzursuzluğa neden olabilir.

Devletlerin hukuki eşitliği ve fiili eşitsizlikler arasındaki gerilim

Devletlerin egemen eşitliği prensibinin ikinci unsurunu oluşturan devletlerin eşitliği varsayımı da en az egemenlik unsuru kadar problemlidir. Devletlerin eşitliği prensibinin etkinliği normatif durum ve fiili durum arasındaki fark nedeniyle tartışma konusu oluşturmaktadır ve devletlerin egemen eşitliği prensibinin gerçek dışı bir norm olduğu ileri sürülmektedir. Egemen eşitlik prensibi fiili farklılıklardan soyutlanmış bir varsayım istinat etmektedir. Bu durum sadece uluslararası hukukta görülen bir durum değildir. Bu varsayım diğer hukuk düzenlerinde de görülmektedir. Eşit olmayan subjelerin aynı ölçüye göre hak sahibi kılınması bunun en güzel örneğini vermektedir.

Egemen eşitlik prensibi bütün devletlerin uluslararası hukuk önündeki statüsünü eşit olarak nitelendirmektedir. Bu hukuki eşitlik olmaksızın farklı devletlerin çağdaş uluslararası hukuk düzenine dahil edilmesi mümkün olamazdı. Önceki uluslararası hukuk yaklaşımından farklı olarak çağdaş uluslararası hukukta münferit devletlerin hegemonik taleplerine izin verilmemektedir⁹. Devletlerin egemen eşitliğine ilişkin bu varsayım devletlerin gerçek durumlarına uymamakla beraber, devletler arasındaki farklılıkların bir dengeye kavuşturulması durumunda onlar arasındaki ilişkilerin doğru şekillenebileceği varsayımına istinat etmektedir. Devletlerin egemen eşitliği prensibi hiçbir şekilde devletler arasındaki farklılıkların bütünüyle kaldırılması, prototip bir devlet yaratma amacı gütmemektedir. Devletler arasında her zaman siyasi, ekonomik, askeri güçleri ve büyüklükleri bakımından farklılıklar olmuştur ve olacaktır. Bu prensip bağlamında daha çok çarpıcı farklılıkların belli ölçüde dengelenerek, işbirliği ilişkilerinin zorlanmaması, diğer bir ifade ile işbirliğine katılanların standartlarının kısmen yakınlaştırılarak, farklı bölgelerde işbirliği için gerekli koşulların yaratılması hedeflenmektedir.

⁹ Gernard Stuby, *Macht macht Völkerrecht?*, bknz.: *Wissenschaft&Frieden*, 2007-2, 1 vd. *YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)*

Bu çerçevede cevaplandırılması gereken soru, devletler arasındaki işbirliği çalışmalarında hangi spesifik özellikler nedeniyle fiili eşitsizlik durumlarından söz edilmesinin mümkün olduğudur. Örneğin ekonomik güç bakımından açık bir eşitsizlik durumunda belli bir seviyede denge oluşturulması gerekmektedir. Ekonomik olarak güçlü devletlerin bu işbirliğinde zorlanmamaları gerekmektedir. Bu durum örneğin Dünya Bankası tüzüğünde ekonomik olarak güçlü devletlere ağırlıklı oy verilerek gözetilmektedir. Dünya Bankası tüzüğü Dünya Bankası organlarında oyların dağıtımında devletlerin bankadaki sermayelerini esas almaktadır¹⁰. Eşitsizliğin siyasi güç yahut ülkenin nüfus büyüklüğü nedeniyle doğan farklılıklardan da ileri gelmesi mümkündür. AB Konseyinde oy ağırlığının tayininde üye devletlerin nüfusu ölçü olmuştur¹¹. Devletlerin fiili eşitsizliğinden ve eşitsizliğin dengelenmesinden söz edildiği durumlarda eşitsizliğin ortaya çıktığı spesifik durumun incelenmesi gerekmektedir. Büyük ve küçük, güçlü ve zayıf devletlerin karşı karşıya geldiği durumlarda çözüm üretmek zordur. Lüksemburg ülkesel olarak küçük, ancak ekonomik olarak güçlü bir devlettir. Nijerya BM istatistiklerine göre ülkesel büyüklük olarak 21.sırada yer almasına karşılık, ekonomik gelişme bakımından dünya sıralamasında 142.sırada yer almaktadır¹².

Önemli Farklılıkların giderilmesinde hukuki enstrümanların kullanılması

Vergi politikası ile kişiler arasında sosyal dengenin kanunen sağlanabildiği ulusal alandan farklı olarak, uluslararası hukukta devletlerin iradesinin düzenlemelere esas olması nedeniyle denge mekanizmasının işletilmesi karşımıza farklı şekilde çıkmaktadır. Bu çerçevede bir taraftan bütün devletler için geçerli genel hukuk prensipleri, özellikle BM anlaşmasının 1. ve 2.maddelerinde öngörülen uluslararası hukukun temel prensipleri, diğer taraftan devletler arasındaki işbirliklerinde denge sağlamaya matuf olarak iki yahut çok taraflı anlaşmalarda öngörülen düzenlemeler karşımıza çık-

¹⁰ (tüzüğün V.maddesi), bkz.: Franz Knipping/Hans von Mangoldt/Volker Rittberger (Hrsg.), *Das System der Vereinten Nationen und seine Vorläufer*, Bd.I/2, 1995, 155(181).

¹¹ 1 Kasım 2014'e kadar AB Konseyinde Nice anlaşmasına göre belirlenen oy ağırlığı geçerlidir (AB anl. md.16, fıkra 5). Lizbon anlaşmasında nüfus büyüklüğünün oylamadaki rolü için bkz.: Matthias Herdegen, *Europarecht*, 13.Auflage, 2011, §7, Rn.26 vd.

¹² Dermot McCann, *Small States in globalizing markets – the end of national economic sovereignty?*, bkz.: *N.Y.U.J.Int'l L.&Pol.*, 34(2011), 281 vd.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

maktadır. Uluslararası örgütlerin organları statülerine istinaden denge sağlama çalışmaları yapmaktadır. Böyle bir denge formülünün bilateral bir anlaşmada da öngörülmesi mümkündür.

Uluslararası hukuk prensiplerinin katkısı

Uluslararası hukuk prensipleri arasında egemen eşitlik prensibi dışında ilk sırada kuvvet kullanma yasağı, müdahale yasağı ve uyuşmazlıkların barışçı yöntemlerle çözümlenmesi prensibi karşımıza çıkmaktadır. Kuvvet kullanma yasağı askeri bakımdan güçlü devletlerin iradelerini zayıf devletlere kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidi ile kabul ettirmesini yasaklamaktadır. Kuvvet kullanma yasağı eşit haklara dayanan uluslararası ilişkileri temin etme işlevi nedeniyle zayıf devletler bakımından özel bir öneme sahiptir. Uluslararası camiada yer alan devletlerin çoğunluğunu oluşturan bu tür devletler kuvvet kullanma yasağını zayıflatmaya yönelik hertürlü girişimi engellemektedir¹³. Bu nedenle Amerikan eski Devlet Başkanı G.W.Bush'un 2001 terör saldırısı ertesini kuvvet kullanma yasağına "preemptive actions" üzerinden genişletilmiş yasal savunma hakkı ile tamamlayan yeni bir içerik verme girişimi, kuvvet kullanma yasağı gibi ius cogens karakterli normların Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 53.maddesine göre değiştirilebilmesi için uluslararası camianın bütününce açık olarak onaylaması gerekliliği ışığında akamete uğramıştır. Böyle bir onay söz konusu değildir. Devletlerin çoğunluğu kuvvet kullanma yasağı normunun içeriğinin bu tür bir değişikliğini reddetmektedir¹⁴. Yasal savunma hakkının genişletilmesi askeri olarak güçlü devletlerin keyfi ve tek taraflı olarak Güvenlik Konseyinin izni olmaksızın zayıf devletlere, bu devletlerin teröristlere yataklık ettiği gerekçesiyle askeri operasyon gerçekleştirme ihtimalini gündeme getirmiştir. Gelişmekte olan ülkelerin çoğunluğu evrensel geçerliliğe sahip multilateral düzenlemelerin, özellikle ius cogens karakterli düzenlemelerin uluslararası camianın rızası olmadan ne oluşabilmesinin, ne de değiştirilebilmesinin mümkün olmadığına dikkat çekmiştir. Bu durum gerek anlaşmalar hukuku, gerekse uluslararası teamül

¹³ Nico Krisch, Amerikanische Hegemonie und Liberale Revolution im Völkerrecht, bknz.: Der Staat 43(2004) 2, 257(272).

¹⁴ Dietrich Murswiek, Die Amerikanische Präventivstrategie und das Völkerrecht, bknz.: NJW 2003, Heft 14, 1014(1018); Gerd Seidel, Quo vadis Völkerrecht), bknz.: AVR, Bd.41(2003), 449.

hukuku normları bakımından geçerlidir. Gelişmiş sanayi ülkelerinin büyük bir kısmı da, bunlara büyük güçler de dahildir, gelişmekte olan ülkelerin yaklaşımını desteklemiştir. Her iki grubun özellikle insanlığın geleceğine ilişkin yaşam alanlarında normların oluşumu ve uygulanması çerçevesinde uzlaşma içinde olması gerekmektedir. Böyle bir uzlaşmanın olmaması, insanlığın devamında muhakkak olumsuz sonuçlar doğuracaktır¹⁵.

Uluslararası seviyede bir tarafın gücünü diğer taraf üzerinde onun çıkarlarını dikkate almaksızın kullanması devletlerin egemen eşitliği prensibine uygun düşmez. Gelişmekte olan ülkeler BM Deniz Hukuku Sözleşmesinin yapılması esnasında sayısal çoğunluklarını kullanarak ekonomik olarak kabul görmesi mümkün olmayan düzenlemelerin yapılmasını sağlamıştır. Bu şekilde ortaya çıkan dengesizliklerin ortadan kaldırılması uzun bir zaman aldığı için Deniz Hukuku Sözleşmesi 10 yıl gecikme ile yürürlüğe girebilmiştir¹⁶. Benzer bir durum BM Genel Kurulunda 1974'te sanayileşmiş devletlerin karşı oylarına rağmen gelişmekte olan devletlerin sayısal üstünlükleri ile kabul edilen devletlerin ekonomik hak ve yükümlülüklerine ilişkin Şart için geçerlidir. Şart'ta öngörülen düzenlemeler sanayileşmiş devletler tarafından kabul edilemez mütalâa edildiği için Şart genel uluslararası hukukta yerini alamamıştır¹⁷. Bu tablo devletler arasındaki fiili eşitsizliğin ortadan kaldırılmasına matuf bir dengeyi zorlama ile değil, ancak uzlaşma ile kurulabileceğini ortaya koymaktadır.

Şimdiye dek gelişme hakkının içeriği konusunda açıklık getirecek bir ipucu yakalanamamıştır¹⁸. Gelişme hakkının bağlayıcı yükümlülük getiren bir norm olmaktan çok, gelişmekte olan ülkelerin ekonomik olarak tercihli muamele edilmesine ilişkin hedef belirleyen bir norm olduğu kabul edilmektedir. Bilateral yahut multilateral anlaşmalarda, gelişmekte olan ülkeler için ekonomik dengesizlikleri ortadan kaldırmaya matuf olarak öngörülen yardımın iyi yönetim, insan haklarına saygı, yolsuzlukla müca-

¹⁵ Uluslararası iklim koruması için bkz.: Alexander Proelß, Raum und Umwelt im Völkerrecht, bkz.: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5.bası 2011, Kap.5, Rn.143 vd.

¹⁶ Rüdiger Wolfrum, Hohe See und Tiefseeboden, bkz.: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Handbuch des Seerechts, 2006, Kap.4, Rn.137 vd.

¹⁷ Res. 3281 (XXIX) der UN-Generalversammlung vom 12.12.1974; bkz.: ChristianTomuschat, Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten, bkz.: ZaöRV 36 (1976), s.444 vd.

¹⁸ Theodor Schweisfurth, Völkerrecht, 2006, s.576

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

dele koşullarına bağlanması mümkündür¹⁹. Çağdaş uluslararası hukuk evrensel seviyede gelişmiş sanayi devletlerine mevcut ekonomik eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasına matuf denge sağlayıcı somut bir mükellefiyet getirmemektedir. Uluslararası hukuk en fazlasından ekonomik farklılıkların ortadan kaldırılması gerekliliğine işaret edebilir. Ekonomik yardımın yapılması çerçevesinde bir dizi açıklığa kavuşturulması gereken, örneğin kimin hangi alanda, hangi kapsamda ekonomik yardım alma hakkı ve yardım yapma mükellefiyeti olduğu gibi sorunların ortaya çıktığı görülmektedir.

Devletlerin iç işlerine karışma yasağı, öncelikle siyasi, askeri ve ekonomik bakımdan zayıf devletlerin korunması için kabul edilen bir diğer BM anlaşması prensibidir. Söz konusu prensibin amacı itibariyle fiilen eşit olmayan devletler arasında denge oluşturmaya matuf olarak öngörüldüğü kabul edilmektedir. Kuşkusuz bu etki objektif ve sübjektif nedenlerle sınırlı kalmaktadır. İç işlere karışma yasağı herşeyden önce küreselleşme sürecinde kapsam kazanan devletler arasındaki işbirliği sonucu olarak dikkat çekici bir şekilde koruma alanı itibariyle daraltılmıştır²⁰. Ulusal hukukun düzenleme konularının zamanla uluslararası anlaşmalarda düzenlenmesi ile konular uluslararası nitelik kazanmış ve bu şekilde iç işlere karışma yasağı iddiası yapılamaz bir noktaya gelmiştir. İç işlere karışma yasağı prensibinin uygulanmasında buna ilave olarak, iç işlere karışma yasağı ihlalden söz edebilmek için karışmanın yoğunluğunun ne olması gerektiği hususunda somut bir ölçünün olmaması nedeniyle zorluklarla karşılaşmaktadır. Ekonomik bakımdan zayıf bir devlete yönelen önlem, bu devletin varlığını tehlikeye sokan iç işlere karışma olarak mütalâa edilebilirken, aynı önlem ekonomisi güçlü bir devlet bakımından dikkat çekmeyebilir. Bu durum müdahalenin değerlendirilmesinde sadece müdahalenin yoğunluğunun değil, müdahaleye muhatap olan devletin gücünün de esas alındığını göstermektedir. İç işlere karışma yasağı fiili eşitsizlik içinde bulunan devletler bakımından sadece koşullara bağlı olarak dengeleyici bir enstrüman olma özelliğine sahiptir.

¹⁹ Andreas von Arnould, *Völkerrecht*, 2012, §11, Rn.901

²⁰ Gerd Seidel, *Völkerrechtliche Interventionsgebote*, bknz.: FS für Christian Tomuschat, 2006, 829 vd.; Eckard Wehser, *Die Intervention nach gegenwärtigem Völkerrecht*, bknz.: Bruno Simma, Edda Blenck-Knocke (Hrsg.), *Zwischen Intervention und Zusammenarbeit*, Interdisziplinäre Arbeitsergebnisse zu Grundfragen der KSZE, 1985, 23 vd.

BM prensipleri arasında yer alan uluslararası uyumsuzlukların barışçı yöntemlerle çözümlenmesi prensibi buna karşılık fiilen eşit olmayan devletler arasında denge sağlayıcı bir enstrüman olarak önem taşımaktadır. Bu çerçevede diplomatik çözüm yollarının yahut yargı yolunun seçilmesi tarafların tercihine bağlıdır²¹. Kuvvet kullanma yasağı gibi bu prensip de zayıf devletleri korumaktır. Zayıf devletler ortaya çıkan bir uluslararası uyumsuzluğu ortadan kaldırmak için daha yoğun bir gayret içindedir. Uluslararası Adalet Divanı ve Dünya Ticaret Örgütünün uyumsuzlukları çözme sistemi evrensel seviyede uyumsuzlukların çözüm organları olarak karşımıza çıkmaktadır. Uluslararası Adalet Divanının davalara bakabilmesi, uyumsuzluk taraflarının dava açılması öncesinde Divanın yargı yetkisini tanımaya bağlıdır. Bu durum Divanın 1986 tarihli kararıyla ABD'nin davacı devlet Nikaragua'ya karşı uluslararası hukuk ihlâlini saptadığı dava bakımından da söz konusudur²². Divan kararında uluslararası hukukun temel prensiplerinin yorumu bağlamında önemli hususlar formüle edilmiştir²³. Bu karar zayıf devletlerin süper bir devleti hukuk yoluyla yenilgiye uğratabileceğinin kanıtını oluşturmaktadır. ABD'nin davayı kaybeden taraf olarak Uluslararası Adalet Divanı'ndaki prosedür esnasında Uluslararası Adalet Divanının yargısına tâbi olma iradesini geri çekmesi ve kararı tanımaktan imtina etmesi yapılan bu tespitin değerini azaltmamıştır.

Şimdiye dek sınırlı sayıda devletin Uluslararası Adalet Divanı'nın zorunlu yargı yetkisini kabul etmiş olması nedeniyle, uyumsuzluğun çözümünde çıkarı olan devletler Uluslararası Adalet Divanı sistemi içinde başka bir olanak arayışına yönelmektedir. Bu meyanda zayıf devletlerin Uluslararası Adalet Divanından birçok kez danışma görüşü alınmasını sağladıkları görülmektedir. Danışma görüşleri hukuken bağlayıcı olmasa da, hukuken durumu açıklığa kavuşturma özelliği ile önemli bir otoriteye sahiptir ve bu nedenle de asgari dolaylı olarak uluslararası uyumsuzlukların çözümüne katkı sağlamaktadır. Bu çerçevede özellikle iki danışma görüşü örnek olmak durumundadır. Uluslararası Adalet Divanının bu danışma görüşlerin-

²¹ Karin Oellers-Frahm, *Souveräne Gleichheit der Staaten in der internationalen gerichtlichen Streitbeilegung*, bknz.: FS Tono Eitel, 2003, 169 vd.

²² ICJ Reports 1986, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Urteil v. 27.Juni 1986.

²³ Horst Fischer, *Friedenssicherung und friedliche Streitbeilegung*, bknz.: Knut Ipsen, *Völkerrecht*, §59, Rn.12 vd.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

den biri 1996 tarihli nükleer silahların kullanılmasının ve tehdidinin hukuka uygunluğuna ilişkindir²⁴. Divan danışma görüşünde birçok kez nükleer silahların kullanılmasının ve tehdidinin caiz olmadığını vurgulamıştır. Nükleer silahlara sahip olmayan devletler uluslararası siyasi bir örgütten sağlayamadıkları bu hukuki açıklamayı Uluslararası Adalet Divanından sağlayabilmiştir. Bu şekilde nükleer silahlara sahip olan ve nükleer silahlara sahip olmayan devletlerin hukuki görüşleri arasındaki fark, nükleer silahlarının kullanılması ve tehdidinin caiz olmadığını BM yetkili yargı organının danışma görüşünde hukuken ilanı ile asgariye indirilmiştir. Uluslararası Adalet Divanının 2004 tarihli diğer danışma görüşü (ICJ Reports, 2004, 136) ise İsrail'in işgal ettiği Filistin topraklarında inşa ettiği duvarla ilgilidir. Uluslararası Adalet Divanı danışma görüşünde İsrail'in duvar inşası ile sadece uluslararası hukukun temel prensiplerinden bir olan halkların SDR'ini değil, aynı zamanda insan haklarını ve insani uluslararası hukuku ihlâl ettiğini tespit etmiştir. Uluslararası Adalet Divanı hukuki sonuç olarak danışma görüşünde İsrail'in status quo ante delictum'u yeniden tesis etmesini, diğer bir ifade ile işgal edilen Filistin topraklarında inşa ettiği duvarı yıkmasını ve duvar inşası ile verdiği zararları gidermesini, 3.devletlerin uluslararası hukuka aykırı inşa edilen duvarla ilgili sonuçları tanımamalarını ve BM organlarının hukuka aykırı durumu sona erdirmek için gerekli önlemleri almasını öngörmüştür²⁵. Her iki danışma görüşü çok sayıda gelişmekte olan ülkenin ve diğer başka devletlerin BM genel kurulunda Uluslararası Adalet Divanı tarafından danışma görüşü verilmesi için talep yapması üzerine hazırlanmıştır. BM Genel Kurulunun bu tür taleplerini Uluslararası Adalet Divanı şimdiye dek hep karşılamıştır. Danışma görüşünün hazırlanmasına neden olan olaylarda zayıf konumda olan devletler, dava açma olanağına sahip olmamaları ve fiili eşitsizliği ortadan kaldıracak başka bir yol bulamamaları nedeni ile BM'de kendi saflarında bulunan devletleri harekete geçirerek söz konusu durumla ilgili hukuki açıklığı danışma görüşü üzerinden elde etmişlerdir. Danışma görüşleri sonuç olarak güçlü devletlerin uluslararası hukuka istinat etme olanağını ortadan kaldırarak, pozisyonlarının zayıflamasına yol açmıştır. Bu sonuç bazıları için yeterli gözükmeyebilir. Uluslararası hukuk açısından ancak

²⁴ ICJ Reports, 1996, s.226, Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, Gutachten vom 8.Juli.1996.

²⁵ Gerd Seidel, Die Palästinafrage und das Völkerrecht, bkzn.: AVR, Bd.44(2006), 221
YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

ortaya çıkan sonuç fiili eşitsizlik içinde bulunan devletler bakımından kısmen denge sağlayan küçümsenmeyecek bir adım teşkil etmektedir.

Dünya ticareti çerçevesinde uyuşmazlıkların çözümünde Dünya Ticaret Örgütünün uyuşmazlıkları çözme sistemi önemli bir rol oynamaktadır. Çok katmanlı bir uzlaşma prosedürü olarak öngörülen bu sistem tüm Dünya Ticaret Örgütü üyelerini mükellef kılmaktadır; oluşturulan raporlar bağlayıcıdır. Dünya Ticaret Örgütü üyelerinin cereyan eden prosedür öncesi veya esnasında tek taraflı önlem almamakla yükümlü olması nedeniyle zayıf olan devletlerin güçlü olan devletlerin tek taraflı yaptırım önlemleriyle zarar görme riski ortadan kaldırılmıştır. Uluslararası örgüt tüzüklerinde üye devletler arasındaki fiili farklılıkları ortadan kaldırmak için değişik formüller geliştirilmektedir. Dünya Bankası tüzüğünde üye devletlerin yatırımları esas alınarak belirlenen oy ağırlığı yöntemi ile fiili eşitsizliğin giderildiği görülmektedir²⁶. Bu şekilde bir grup devletin sayısal çoğunluğa istinaden azınlıkta kalan devletlerin yatırımlarını kullanması önlenmektedir.

Egemen eşitlik prensibi ve BM Güvenlik Konseyinde kullanılan veto hakkı

BM anlaşması uluslararası barış ve güvenlikten sorumlu Güvenlik Konseyinde üye devletlerin siyasi ağırlığını esas alan bir oylama yöntemi kabul etmiştir²⁷. Beş büyük devlet evrensel örgütün kuruluşunda önemli ayrıcalıklar elde etmiştir. Herşeyden önce beş devlet, diğer devletlerin Güvenlik Konseyi'ne iki yıl seçilebilmesine karşılık Güvenlik Konseyinin sürekli üyesidir. Diğer taraftan usule ilişkin konular dışındaki konularda onların oyu olmaksızın karar alınması mümkün değildir. Bu ayrıcalıkların 1990'a kadar tartışmasız kabullenildiği görülmektedir. Beş büyükler olarak nitelendirilen bu devletler ikinci dünya savaşının saldırganlarının yenilgiye uğratılmasında önemli sorumluluk üstlenmişlerdir. Bu devletler uzun süre nükleer silahlara sahip olan yegâne devletlerdi. Bu şekilde bu devletler uluslararası camiayı ilgilendiren konularda önemli yetki ve etkiye sahip bir statü elde etmiştir²⁸. Dünyanın iki kutuplu olduğu dönemde bu devletler,

²⁶ Theodor Schweisfurth, §19, Rn.50 vd.

²⁷ Bruno Simma/Stefan Brunner, Art.27, bkz.: Bruno Simma (Hrsg.), Kommentar, Rn. 35.

²⁸ Hermann Mosler, die Grossmachtstellung im Völkerrecht, 1949, s.9,38 vd. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

vetolarıyla kimi önemli kararların alınmasını engellemiştir. BM anlaşmasında öngörülen veto olanağı ile bir siyasi sistemin diğerine üstünlük sağlaması önlenebiliyor ve bu şekilde dünya barışı için tehlikeli durumların ortaya çıkması engellenebiliyordu. Beş büyüklerin özel statüsü iki kutuplu dünyanın sona ermesine kadar barışı temin eden işlevi nedeniyle itiraz konusu olmamıştır. Günümüzde bu ayrıcalıkların artık haklı bir nedeni kalmamıştır. Güvenlik Konseyinin oluşumu hiçbir şekilde değişen güçler dengesini yansıtmamaktadır. Beş büyükler içinde sayılan İngiltere ve Fransa dünya politikasında önemli güç zafiyetine uğrarken, kimi kanat devletlerin güç kazandığı görülmektedir. Sürekli Konsey üyeleri ve sürekli olmayan Konsey üyeliği düzenine devam edilecekse, sürekli üyeliğin Afrika, Güney Amerika ve Asya kıtaları esas alınarak coğrafi nokta-i nazar ışığında gözden geçirilmesi gereklidir.

Güvenlik Konseyinin bugünkü oluşumunun da adil olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu oluşum fiili eşitsizliği BM üyesi devletlerin çoğunluğunun aleyhine arttırmaktadır. BM örgütüne küçük olsun, büyük olsun bütün devletlerin ihtiyacı vardır. Güvenlik Konseyinin sürekli üyeleri Konseyin günümüzdeki oluşumunun patlamaya yol açacak bir potansiyele sahip olduğunu fark ettiklerini ve BM üyesi devletlerin çoğunluğunun baskısını hissettiklerini, 1990'dan itibaren Konseyin çalışma usulüne ilişkin informal reformlar üzerinden sürekli olmayan Konsey üyelerine eskiden tamamen dışında tutuldukları kararların şekillendirilmesine güçlü katılımlarını sağlayarak ortaya koymaktadır²⁹. Bu şekilde daimi üyeler ve geçici üyeler arasındaki gerilim ortadan kalkmasa da, kısmen yumuşatılmıştır. Güvenlik Konseyinde oylama prosedürünü düzenleyen BM anlaşması hükümlerinin, günümüz uluslararası ilişkilerin ve devletlerin egemen eşitliği prensibini daha uygun ifadelerle yansıtan hükümlerle ikâme edilmesi BM anlaşması için öngörülen reform düşüncelerinin en önemli hedefidir. Uluslararası camiada güçler dengesinin değişikliğe muvacehesinde devletler ve devletler arasındaki fiili eşitsizliğin devletlerin hukuki eşitliği prensibi ışığında savunulması mümkün değildir. Bu nedenle uluslararası kuralın egemen eşitlik kuralına uyum sağlama gerekliliği bulunmaktadır.

²⁹ Helmut Volger, Partizipation und Legitimation: Zu den Einflussmöglichkeiten der nichtständigen Mitglieder im UN-Sicherheitsrat, bkzn.: Vereinte Nationen, Yıl 60 (2012), Sayı 2, s. 65 vd.

Sonuç

Egemen eşitlik prensibinin eşit hiyerarşiye sahip egemenlik ve eşitlik unsurları, birbirleriyle bir gerilim ilişkisi içindedir. Bu durum devletlerin iç ve dış ilişkilerine yansıyan problemler doğurmaktadır. Egemen eşitlik prensibinden dış egemenlik bağlamında doğan problem devletlerin hukuki eşitliğinin fiili eşitliğiyle çelişmesinden ileri gelmektedir. Bu çelişkinin giderilmesi görevi temel prensibin kendisine düşmektedir. Fiili eşitsizliğin çarpıcı olduğu durumlarda ayrımcılıktan soyutlanmış işbirliği ile taraflar arasında uygun bir denge sağlanması en iyi çözüm olarak kabul edilmektedir.

Uluslararası teamül hukuku ve anlaşmalar hukuku taraflar arasında fiili eşitsizliği ortadan kaldıracak denge sağlamaya matuf bir mükellefiyet öngörmemektedir. Uluslararası hukuk taraflar arasında işbirliğini engelleyen eşitsizliklerin kendileri tarafından saptamasını ve onların sorunu multilateral veya bilateral seviyede ortadan kaldırmalarını beklemektedir. Uluslararası örgütlerin tüzükleri bu çerçevede kurumsal önlemler öngörmektedir. Bu bağlamda uluslararası yargının sorunun çözümünde destekleyici rol oynaması mümkündür.

Küreselleşmiş bir dünyada büyük ve küçük, güçlü ve zayıf devletler birbirine muhtaçtır. Bu nedenle münferit devletlerin veya devlet gruplarının güçlerine dayanarak yaptıkları fiili eşitsizliği pekiştiren girişimler uzun vadeli olarak kendileri için yararlı olmadığı gibi, uluslararası işbirliği çalışmaları ve uluslararası örgütlerin birliktelik ruhu bakımından da uygun değildir.

Egemen eşitlik prensibinden iç egemenlik bağlamında doğan problem egemenlik prensibinin içeriğinden kaynaklanmaktadır. Egemenlik prensibi devletlerin halkların kendi kaderini tayin etme prensibi ile bağlantılı olarak işbirliği çalışmaları esnasında, özellikle entegrasyon niteliği taşıyan ilişkiler çerçevesinde halkın onayı olmaksızın egemenliğin özüne ilişkin alanlarda tasarrufta bulunulmamasını, bu şekilde uluslararası hukuk süjesi olarak tasarruf ehliyetini kaybetmemesini öngörmektedir. Oysa, egemen ve eşit haklara sahip devletlerin uluslararası örgütler içinde ve dışında işbirliği ve birbirleriyle barışçıl rekabeti, halkların barışçıl birlikteliği bakımından günümüz uluslararası ilişkileri için büyük önem taşımaktadır.

Egemen eşitlik prensibinin bütün diğer hukuk prensipleri gibi gerekli olarak soyut bir karaktere sahip olmakla beraber devletlerin birbirlerine karşı tutumlarını belirleyen önemli ölçüler içermesi nedeniyle teoride ve uygulamada barış içinde birlikte yaşamayı temine matuf sonuçlar doğurduğunun gözardı edilmemesi gerekmektedir.

KISALTMALAR

AVR: Archiv des Völkerrechts
FS: Festschrift
Hrsg.: editör
ICJ: International Court of Justice
KSZE: Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa
N.Y.U.J.Int'l L.&Pol.: New York University Journal of International Law & Politics
NJW: Neue Juristische Wochenschrift
ZaöRV: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht.

KAYNAKÇA

Alexander Proelß: Raum und Umwelt im Völkerrecht, bknz.: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 5.bası 2011.
Andreas von Arnould: Völkerrecht, 2012.
Bardo Fassbender: Die Souveräne Gleichheit der Staaten – ein angefochtenes Grundprinzip des Völkerrechts, bknz.: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitung “Das Parlament” vom 18.Oktober.2004, B 43/2004.
Bruno Simma/Stefan Brunner Art.27, bknz.: Bruno Simma (Hrsg.), Kommentar, Hermann Mosler, die Grossmachtstellung im Völkerrecht, 1949.
Christian Tomuschat: Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten, ZaöRV 36 (1976).
Daniel Thürer: Modernes Völkerrecht. Ein System im Wandel und Wachstum – Gerechtigkeitsgedanke als Kraft der Veränderung?, ZaöRV Bd.60 (2000).

Derмот McCann: Small States in globalizing markets – the end of national economic sovereignty?, *N.Y.U.J.Int'l L.&Pol.*, 34 (2011).

Dietrich Murswiek: Die Amerikanische Präventivstrategie und das Völkerrecht, *NJW* 2003, Heft 14.

Eckard Wehser: Die Intervention nach gegenwärtigem Völkerrecht, bknz.: Bruno Simma, Edda Blenck-Knocke (Hrsg.), *Zwischen Intervention und Zusammenarbeit, Interdisziplinäre Arbeitsergebnisse zu Grundfragen der KSZE*, 1985.

Franz Knipping/Hans von Mangoldt/Volker Rittberger: Das System der Vereinten Nationen und seine Vorläufer, Bd.I/2, 1995.

Gerd Seidel: Völkerrechtliche Interventionsgebot, bknz.: FS für Christian Tomuschat, 2006.

Gerd Seidel: Quo vadis Völkerrecht), *AVR*, Bd.41 (2003).

Gerd Seidel: Die Völkerrechtsordnung an der Schwelle zum 21.Jahrhundert, bknz.: *AVR* Bd.38 (2000).

Gerd Seidel: Die Palästinafrage und das Völkerrecht, *AVR*, Bd.44 (2006).

Gernard Stuby: Macht macht Völkerrecht?, *Wissenschaft&Frieden*, 2007-2.

Gernot Biehler: Souveränität im Wandel – Rückzug des Staates aus der internationalen Verantwortung?, *Der Staat* 35, (1966).

Juliane Kokott Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, *ZaöRV* Bd.64 (2004).

Helmut Volger: Partizipation und Legitimation: Zu den Einflussmöglichkeiten der nichtständigen Mitglieder im UN-Sicherheitsrat, *Vereinte Nationen*, Yıl 60 (2012), Sayı 2.

Karin Oellers-Frahm: Souveräne Gleichheit der Staaten in der internationalen gerichtlichen Streitbeilegung, bknz.: FS Tono Eitel, 2003.

Martin Ott: Das Recht auf Sezession als Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts der Völker, 2008.

Matthias Herdegen: *Europarecht*, 13.Auflage, 2011.

Nico Krisch: Amerikanische Hegemonie und Liberale Revolution im Völkerrecht, bknz.: *Der Staat* 43 (2004).

Rüdiger Wolfrum: Hohe See und Tiefseeboden, bknz.: Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), *Handbuch des Seerechts*, 2006.

Theodor Schweisfurth: *Völkerrecht*, 2006.

Thomas Oppermann: Wesen der Europäischen Union, bkz: Thomas Oppermann/Claus Dieter Classen/Martin Nettesheim, Europarecht, 4.bası 2009.

**ULUSLARARASI ADALET DİVANININ 9 TEMMUZ 2004
TARİHLİ “DUVAR” KONUSUNDAKİ İSTİŞARİ GÖRÜŞÜNDEN
ON YIL SONRA: DİVANIN ULUSLARARASI HUKUKA VE
FİLİSTİN MESELESİNE KATKISI NE OLMUŞTUR?**

*(TEN YEARS AFTER THE ADVISORY OPINION OF THE ICJ ON THE PALESTINIAN
WALL CASE DATED 9TH OF JULY 2004: HOW THIS ADVISORY OPINION HELPED
AND CONTRIBUTED TO THE DEVELOPMENT OF THE PALESTINIAN ISSUE, AND
THE ICJ'S JURISDICTION?)*

Prof. Dr. Jale CİVELEK*

ÖZET

2002 yılında İkinci İntifadan itibaren 2012 yılında Filistin Devleti'nin kurulması kararına kadar geçen zaman içerisinde, kaydedilen gelişmelerin gölgesinde yaşanan önemli olaylardan biri olarak İsrail'in işgal etmiş olduğu topraklarda 2002 yılından itibaren inşa etmekte olduğu “Duvar”dır. Bu konuda istişarî görüş vermeğe çağrılan Uluslararası Adalet Divanı, 9 Temmuz 2004 yılında “Duvar”ın Uluslararası Hukuka aykırı olduğunu bildirmesinden sonra da aradan on yıl geçmesine rağmen, inşaat devam etmektedir. 2004 yılında I-UAD'ı istişarî görüş vermesinde yaşanan hukuki gelişmeleri, bunun hukuki sonuçları ve görüşün verilmesinden on yıl sonra gelinen durumu; II- Divan görüşünün gerek Uluslararası Hukuk alanında gerek UAD'ı içtihadına Devletin uluslararası alandaki sorumluluğu açısından bir yaklaşımla, getirmiş olduğu katkıyı; III-Divan görüşünden itibaren on yıl içerisinde Filistin'de yaşanan gelişmeleri değerlendirmeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Adalet Divanı istişari görüşü, 9 Temmuz 2004, görüşten on yıl sonra, Filistin, İsrail, Duvar, Birleşmiş Mil-

* Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi, **e-posta:** jcivelek@yeditepe.edu.tr

letler Genel Kurulu, Güvenlik Meclisi, Devletin uluslararası sorumluluğu, bu konuda Devletler Hukuku Komisyonu kodlaştırma faaliyetleri, Divan içtihadında yeni gelişmeler.

ABSTRACT

During the time period that followed the Second 'Uprising' in 2002, until the decision to establish a Palestinian State in 2012, starting from 2002 on, one of the most important events was the construction of a "Wall" by Israel within the Israel occupied Palestinian territory. The International Court of Justice which was called upon to give an advisory opinion on the matter, decided that the so called "Wall" was against the International Law on the 9th of July, 2004. Even ten years after the decision of the International Court of Justice, the "Wall" is still continuing to be built. Initially, we are going to assess the legal developments that took place during the 2004 Advisory opinion of the ICJ, its legal ramifications, and the current situation 10 years later; and then, the contribution of this ICJ opinion to the responsibility of a State within the International realm, both in regards to International Law, and also for setting a precedent for future ICJ decisions; and finally the developments that took place in Palestine 10 years after the advisory opinion.

Keywords: *Advisory opinion of the ICJ, the Palestinian wall case, 9th of July 2004 to 2014, United Nations Charter, General Assembly, Security Council, International Law Commission, articles for Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, jurisdiction of the Court.*

GİRİŞ

15 Kasım 1988 tarihinde Filistin Ulusal Meclisi, Cezayir'de ki toplantısında, Filistin Devletinin kurulduğu ilan edildikten sonra, Aralık 1988 tarihinde Yaser Arafat, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu önünde, kurulan Devletin başkentinin Kudüs olduğunu tekrar ederek, Filistinli mültecilerin kendi ülkelerine dönmelerinin gerektiğini ve kendi geleceğini kendi tayin

haklarının bulunduğunu ifade etti.¹ Filistin Devletinin bağımsızlık Bildirisi, 15 Aralık 1988 de Genel Kurulda kabul edildi ve akabinde 92 Devlet Filistin’i tanıdı²

Filistin Kurtuluş Örgütü ile İsrail arasında Temmuz 1993te imzalanan Oslo Anlaşmaları çerçevesinde, ilkeler üzerinde uzlaşmaya varıldı. Oslo’da kaleme alınan ve Washington’da imzalan Bildiri, tarafların karşılıklı olarak birbirlerini tanıdıklarını ifade ediyordu. Mayıs 1994te taraflar Mısır’da I.Oslo Anlaşmasını imzaladıktan sonra, Eylül 1995te ise II. Oslo belgesini Washington’da imzaladılar. Oslo belgeleri çerçevesinde, Filistin Devletinin somutlaşması 1998 yılı için öngörülüyordu. Hâtta 1999 yılında Avrupa Birliği Filistinlilerin kendi geleceğini kendi tâyin hakkını ve Devlet kurulmasını desteklediğini ifade etmişti. Nitekim Eylül 1999da Charm-el Cheikh memorandumunu ile de bir barış antlaşması yapılabileceğine dair umutlar da doğdu. Fakat bu dönemde İsrail işgal ettiği topraklarda yeni yerleşim bölgeleri açarken, Filistinli guruplar da İsrail’e karşı suikast düzenlemeye başladılar.

Mart 2000 de İsrail ordusu kısmen Batı Şeria’dan çekildiğinde, Filistin güçleri kontrolü yeniden ele geçirdi. Fakat Ariel Sharon’un Eylül 2000 tarihinde Kudüs’te camilerin bölgesine gitmesi ayaklanmalara neden olurken, İkinci İntifada hareketi de başlamış oldu.

Mart 2002 tarihinde ise Güvenlik Meclisi 1947 senesinden sonra kabul etmiş olduğu 1397 sayılı kararında ilk defa İsrail’in yanında bir Filistin Devletinin kurulmasına da işaret ediyordu.³

¹ A.B.D’nin Yaser Arafat’ın bildirisini sunmak üzere New York’a gidebilmesini red etmesi üzerine, Arafat, Filistin’de barış istediklerini, her türlü terrör hareketine son vereceğini ifad ederek, B.M. Güvenlik Meclisinin 242 ve 338 sayılı kararlarına dayanarak görüşmelere başlamak istediklerini belirtti. In: Discours de Yaser Arafat du 14 décembre 1988: <http://www.apnewsarchive.com/1988/Text-> (13 Ekim 2014)

² 104 olumlu oya karşılık 36 çekimsiz oy ve 2 de olumsuz oy kullanıldı. in: Résolution de l’Assemblée Générale 43/177 <http://unispal.un.org/UNISPAL.NSF/0/> (13 Ekim 2014)

³ Güvenlik Meclisinin 29 Kasım 1947 tarih ve A/RES/181CII kararı “ gelecekte bir Filistin Hükümeti” kurulmasına dairdir. Bu kararında Güvenlik Meclisi, B.M. Andlaşmasının 39.maddesine gönderme yaptıktan sonra gelecekte kurulması arzu edilen Filistin Hükümeti ve Anayasasını ve bağımsızlığının hazırlanması için atılacak adımları ; bağımsızlık bildirisinin B.M’de yapılmasını ve kutsal alanlar, din hakları ve azınlık hakları, vatandaşlık hakları; uluslararası sözleşmelerin akdi , ekonomik birlik sağlanmasına dair esaslar, sınırlar ve Kudüs’e ilişkin B.M.’de bir uluslararası rejimin kurulabilmesini dile getirmişti. In: A/RES/181CII, 29 November. <http://unispal.un.org/unispal.nfs> (3.11.2014). *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

Halk ayaklanması olarak başlayan İkinci İntifada’yı, Hamas’ın gerçekleştirdiği intihar saldırıları ve İsrail’in bağımsız Filistin şehirlerini işgali ve arada bir “Duvar” inşa edilmesi için girişimleri başladı.

Gelişen olayların ardından, 24Eylül 2011 tarihinde Filistin Başkanı Mahmut Abbas, Filistin’in resmen B.M’e üye olabilmesi talebinde bulundu. Talebi Güvenlik Meclisinde oylandı, fakat A.B.D’nin vetosu ile karşılaşıldı. Aynı yıl UNESCO, Filistin’i üye devlet olarak kabul etti.⁴

Filistin’in parçalanma planının yıl dönümü olan – 29 Kasım 1947 tarih ve A/RES1881C II karardan 29 Kasım 2012’ye –Filistin’in B.M.’in üyesi olmayan bir Devlet olarak tanınması, Genel Kurulun onayına sunuldu. Genel Kurul Filistin’i, 138 olumlu oya karşılık 9 olumsuz oy (A.B.D., Kanada,İsrail..) ve 41 çekimser oy ile (İngiltere, Almanya..) B.M.’in üyesi olmayan gözlemci Devlet olarak kabul etti.⁵

İsrail durumun Oslo Anlaşmalarına aykırı, tek taraflı bir işlem olduğunu ve İsrail’in Yahudi Devleti olarak tanınmasından önce Filistin Devletinin olamayacağını bildirdi. Buna rağmen Filistin Devleti 1967 yılı sınırları içerisinde tanınmış oluyordu. Filistin topraklarını işgal altında bulunduran İsrail’e karşı verilmek istenen mesaj ise, politikasının meşrû olmadığı ve Filistinlilerin özgürlük ve bağımsızlığına tavır almaya hakkı bulunmadığı yönündedir. Diğer bir deyiş ile bu tanıma, Filistin halkının kendi kaderini tayin hakkının teyidi olup, Uluslararası Hukuk kurallarının takip edilmesi gerektiğine vurgudur.

Kısaca ana hatlarını vermiş olduğumuz 2002 yılında da İkinci İntifadan itibaren 2012 yılında Filistin Devleti’nin kurulması kararına kadar geçen zaman içerisinde, kaydedilen gelişmelerin gölgesinde yaşanan önemli olaylardan biri , İsrail’in işgal etmiş olduğu topraklarda 2002 yılından itibaren inşa etmekte olduğu “Duvar”dır.

Ayrıca Güvenlik Meclisi 22 Kasım 1967 tarihli S/RES/242/1967 kararı: <http://unispol.un.org/unispol.nfs> (3.11.2014). Ateşkese ilişkin kararı ile 12 Mart 2002 tarihli 1397 (2002) kararı. Bu belge ise 14 olumlu oya karşılık 1 çekimser oy ile (Suriye) kabul edilmişti.

⁴ Filistin henüz B.M. üyesi olmadığından kabulü ,UNESCO Yürütme Meclisinin tavsiyesi üzerine hazır bulunan ve oy kullanan B.M. üyesi devletlerinin 2/3 çoğunluğu ile üyeliğe kabul edildi. (107 olumlu; 14 olumsuz oya karşılık 52 çekimser oy).

⁵ <http://tempsreel.nouvelobs.com/monde> (13 Ekim 2014).

Bu konuda istişarî görüş vermeğe çağrılan Uluslararası Adalet Divanı, 9 Temmuz 2004 yılında “Duvar”ın Uluslararası Hukuka aykırı olduğunu bildirmesinden sonra ve aradan on yıl geçmesine rağmen, inşaatın devam etmesidir.

2004 yılında I-UAD’ı istişarî görüş vermesinde yaşanan hukuki gelişmeleri, bunun hukuki sonuçları ve görüşün verilmesinden on yıl sonra gelinen durum ile II-bu görüşün gerek Uluslararası Hukuk alanında gerek UAD’ı içtihadına Devletin uluslararası alandaki sorumluluğu açısından bir yaklaşım ile getirmiş olduğu katkı ve III-Divan görüşünden itibaren on yıl içerisinde Filistin’de yaşanan gelişmeleri değerlendirmeye çalışacağız.

I-İŞGAL ALTINDAKİ FİLİSTİN TOPRAKLARINDA İSRAİL’İN İNŞA ETMEKTE OLDUĞU DUVAR KONUSUNDA UAD’NIN İSTİŞARİ GÖRÜŞÜ VE HUKUKU SONUÇLARI

1-Genel Kurulun Konuyu Uluslararası Adalet Divanına Taşması

18 aralık 2003 tarihinde olağanüstü toplanan B.M. Genel Kurulu, istişarî görüş istemek üzere UAD’nına başvurdu. Divandan işgalci güç İsrail’in , işgal altındaki Filistin topraklarında inşa etmekte duvarın hukuki sonuçlarının ne olduğunu bildirmesini, bunu yaparken Uluslararası Hukuk ilkelelerini özellikle de 1949 tarihli “Harp zamanında Sivillerin Korunmasına ilişkin IV.Cenevre Sözleşmesine”, bunu yaparken de Genel Kurul ve Güvenlik Meclisinin kabul etmiş olduğu tavsiye metinlerini dikkate almasını da talep etti.

Nitekim Eylül 2000 den itibaren başlayan ikinci intifada hareketine karşı koymak üzere İsrail 2002 yılında bir “güvenlik duvarı” inşa etme kararı almıştı. B.M. Genel Sekreteri, bu duvar inşaatını Berlin duvarına gönderme yaparak, ”barikat ” olarak nitelendirmişti.⁶ İsrail ikinci intifadan

⁶ Berlin Duvarına gönderme olarak “utanç duvarı”, Güney Afrika Cumhuriyetinde 1991 de son verilen ırk ayırımına benzetme yoluyla “apartheid duvarı”, sadece “duvar”, “güvenlik duvarı” olarak çeşitli biçimlerde nitelendirilen duvar, Batı Şeria’da tel örgüler, bir hendek, elektronik detektörlerle donatılan kafes biçiminde bir santral, santralin her iki tarafında devriyeler için yollar ile ayrıca, olası sızmaları tanımlayabilmek için özel donatımla korunacaktır. 730 km uzunluğundaki barikatın Yeşil Hattı takip edeceği İsrail tarafından söylenmiş ise de, Batı Şeria’ya girerek Yahudi yerleşim yerlerini kapsayacak şekilde planlanmıştı. Oysa hattın %20 si Yeşil Hattan, diğer kalan kısmı ise Batı Şeria’yı ve bölgenin su kaynaklarını kapsayacak şekilde ihlalde bulunarak Filistinlilerden zapt edilen topraklarda bulunmakta. Duvar 1967 de Batı Şeria ile tespit edilen sınırdan dört kat, *Ber-YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

beri intihar saldırılarında çok sayıda insanın ölmesi karşısında "güvenlik duvarını" geçici tedbir olarak kurmaya karar verdiğini bildirmişti. Filistin tarafı bu duvarın geçici bir güvenlik tedbiri olmadığını, Batı Şeria'yı kapsayarak, gelecekte kurulacak bir Filistin Devleti için **de facto** sınır çizildiğini ifade ederek, bu şekli ile Yeşil Hatta karşılık İsrail lehine bir durum yaratmakta olduğunu dile getirdi.⁷

Ekim 2003te Arap ülkeleri konuyu B.M. Genel Kurulu önüne getirmeyi kararlaştırdılar. 21 Ekim 2003 tarihinde Genel Kurul,144 olumlu oya karşılık 4 olumsuz oy ile "işgal altındaki Filistin topraklarında" inşa edilen duvarı kınamıştır. Bilindiği üzere B.M.Genel Kurulunun tavsiye niteliğinde kabul ettiği bu belgeler Devletlere karşı yaptırım gücü olmayan metinlerdir. İsrail bu "güvenlik kapısının inşaatına devam edilecektir" cevabını vererek metni ret etmişti.

8 Aralık 2003 tarihinde Genel Kurul bir karar kabul ederek U.A.D.nın dan istişari görüş istemiş ve İsrail'in işgal altındaki Filistin topraklarında örmekte olduğu duvarın hukuku mahiyeti ve sonuçları konusunda görüş vermesini, bunu yaparken de Uluslararası Hukukun kural ve ilkelerine özellikle de 1949 tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına ilişkin IV. Cenevre Sözleşmesi hükümleri ile Genel Kurul ve Güvenlik Meclisinin o güne kadar ki konuya dair kabul etmiş oldukları belgeleri de göz önüne almasını dilemiştir.⁸

lin duvarından da gene dört kat uzun olup, yüksekliği de bazı yerlerde Berlin duvarından iki kat yüksek-8metre- olacak şeklindedir. In: "territoire palestinien occupé par Israël", "Mur de séparation en Palestine" 10 Novembre 2006. <http://www.oxfasol.be/fr> (17.11.2014)

⁷ Ekim 2013 tarihinde (BM Genel Kurul toplantısından 2 ay önce), İsrail inşa etmekte olduğu barikat ile Yeşil hat arasında kalan bölgeyi süresiz olarak kapatmıştır. Hâtta burarlarda yaşamakta olan Filistinlilerin "sürekli oturma izni" aldıkları takdirde evlerinde yaşamaya devam edebileceklerini belirtmiştir. İsrail , Batı Şeria da yaşayanları ise bölgeye girebilmek için özel izin almak zorunda bırakmıştır.

⁸ Genel Kurul'un Divandan görüş istemesine dair 8 Aralık 2003 kararı için: ES-10/14 <http://daccess-ods.un.org>

B.M.Andlaşmasının **96.maddesine göre** Genel Kurul ve Güvenlik Meclisi , UAD'dan hukuki herhangi bir konuda istişari görüş isteyebilirler. B.M.'in diğer organları görevleri ile ilgili hukuki konularda B.M. uzmanlık kuruluşlarını da Divandan istişari görüş istemeye yetkili kılabilir. Ayrıca **Divan Statüsünün 65/1 maddesine göre** Divan, "B.M.Andlaşması gereğince veya bunun hükümlerine uygun olarak istişari reyler istemeye yetkili her uzuv veya müessesenin isteği üzerine her türlü hukuki meseleler hakkında

9 Temmuz 2004 tarihinde UAD'ı, İsrail'in işgali altındaki Filistin topraklarında ve Doğu Kudüs'ün çevresinde kurmakta olduğu duvarın Uluslararası Hukuka aykırı olduğu görüşüne vardı.⁹ Arkasından 20 Temmuz 2004 tarihinde Genel Kurul bir tavsiye metni kabul ederek, UAD'nın istişari görüşüne dayanarak, İsrail'in işgalci güç olarak Divan görüşünde belirtilen hukuki sorumluluklarını yerine getirmesini istemiştir.¹⁰ Genel Kurul 2006 yılında da Duvar konusunda Filistin halkının şikâyetlerini kabul edip incelemek üzere Viyana'da bir de büro kurulmasını kararlaştırdı.

İsrail, Genel Kurulun faaliyetlerini, tarafçı olmakla nitelemiş; Genel Kurulun çoğunlukta olan düşman ülkelerin etkisinde kaldığını bildirmiştir. İsrail'e göre Divanın görüş vermesi hatadır; Divanın tartışmalı siyasi konuları ele alma yetkisi bulunmamaktadır; kendi ulusal hukuku çerçevesinde Uluslararası Hukuka göre uygun davranmakta ve vatandaşlarını terörizme karşı korumak hakkını kullanmaktadır. Buna mukabil İsrail Yargıtay'ı, 30 Haziran 2004 te duvar hattının değişikliğe uğratılması kararını kabul etmiş ve 2005 yılında da oybirliği ile duvarın bir bölümünün yasal olmadığını, hattın yeniden değerlendirilmesine dair karar almıştı.¹¹

2- Divanın İstişari Görüşünün İçeriği ve Hukuki Değerlendirmesi

İsrail, Divanın istişari görüşünün aslında İsrail-Filistin arasındaki bir uyuşmazlık konusunda olduğunu, dolayısı ile UAD'ı bu konuda yetkili olmadığını ileri sürdü. Divan İsrail'in bu görüşünü red ederek, uyuşmazlık tarafı Devletlerin rızası yargıda Divan kararının temelini oluşturur; istişari görüş karardan farklıdır; içinde yaşanmakta olan şu durumda istişari görüş

istişari reyler verebilir". B.M.Antlaşmasının 96 maddesi ve Divan Statüsünün 65/1 maddesi için:Aslan Gündüz: Milletlerarası temel hukuk Belgeleri, Örnekler, kararlar. 3. Baskı , Beta 1998, s: 100 ve 144

IV.Cenevre Sözleşmesi , Türkiye'nin onayladığı bu Sözleşme (21 Ocak 1953, 6020 sayılı kanun), R.G. 30 Ocak 1953 Sayı 8322, Düstur:III, Tertip C.34

⁹“ Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé”, avis consultative CIJ Recueil 2004, s:136 ve devamı (<http://www.icj-cij.org>).

¹⁰ 20 Temmuz 2004 Genel Kurul kararı: ES-10/15 <http://daccess-ods.un.org/access.nsf> ve “mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé. Communiqué de Presse AG/1488, Document no:B-12./2007.2004. Assemblée Générale 27e. séance, 10ème session extraordinaire d'urgence. Belgenin oynanması esnasında , İsrail, ABD, Avusturalya dahil 6 ülke olumsuz oy kullanmış, Kanada dahil 10 ülke çekimsiz oy kullanmışlardır.

¹¹ <http://ww.lemonde.fr/web/article/0.1> ve France Culture, 4 Septembre 2007.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

istenmesi Devletlerarasında sürüncemede kalan bir hukuki soruna dair olup, cevabı istişari niteliktedir ve zorunlu etki yaratmaz. B.M. üyesi olsun veya olmasın herhangi bir ülkenin istişari görüş verilmesini engelleyebilmesi de mümkün değildir. Nitekim Divana göre, görüş söz konusu ülkelere değil, fakat kendisinden görüş isteme yetkisi olan bir organa verilmektedir; görüş, kendisi de B.M. organı olan Divanın, B.M.in davranışına katılımıdır ve ret edilmemesi gerekir.¹² Divana göre kendisinden istenen görüş konusu, İsrail ve Filistin arasındaki iki taraflı bir mesele değil, uluslararası barış ve güvenliğin korunması meselesi açısından B.M.in yetki ve sorumluluk alanına giren bir konudur ve duvar inşaatı bu bakımdan B.M.'i doğrudan ilgilendirmektedir, istenen görüş duvarın inşaatının hukuki mahiyeti konusundadır.

Divan öncelikle konuya ilişkin kendi yetkisini, arkasından duvarın Uluslararası Hukuka aykırı olduğuna dair kural ve ilkeleri tespit etmiştir.

a) Divanın görüş vermeden önce kendi yetkisini araştırması

Divan öncelikle B.M. Antlaşmasının 96/1 ve Statüsünün 65 maddelerinin kendisine verdiği yetkiyi belirtmiş¹³, daha sonra görüşü istenen konuya dair Genel Kurulun, bu soruna dair faaliyetlerini incelemiştir. Divan B.M. Antlaşmasının 10. maddesine göre Genel Kurulun, Antlaşmanın alanına giren bütün meseleler ve sorunlarda yetki olduğunu; ayrıca 11/2 maddenin Genel Kurulu uluslararası barış ve güvenliği ilgilendiren meselelerde yetkilendirdiğini ve tavsiyelerde bulunabileceğini ifade etmiştir.¹⁴ Duvarın

¹² Divan bu yorumu ilk defa 1950 yılında, Bulgaristan-Macaristan-Romanya arasındaki Barış Antlaşmalarının yorum konusundaki istişari görüşünde yapmıştı. Şöyle ki: uyuşmazlığın konusu Bulgaristan, Maristan ve Romanya arasındaki 1947 barış antlaşmalarında öngörülen insan hak ve özgürlüklerinin ihlâlüne ilişkindi. Genel Kurul, UAD'ından, Genel Sekreterin, söz konusu ülkelerin yerine, antlaşmaların uygulanışında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünden arabulma komisyonlarının üyelerini tayin edebilme yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda istişari görüş istedi. Divanın cevabı olumsuz oldu. Zira Divanın görüşüne göre, konvansiyonel hukuktan doğan bir sorumluluğu yerine getirmemek, Devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Bak: CIJ Recueil 1950 s: 71 ve David RUIZÉ, Gérard TEBOUL: Droit International Public. 21e Edition, Dalloz s. 284

¹³ Bakınız, supra, dipnot 8.

¹⁴ 11/2.madde "... milletlerarası barış ve güvenliğin muhafazasını ilgilendiren her türlü meseleleri görüşebilir ve 12. madde hükmü mahfuz kalmak üzere bu gibi her türlü mesele hakkında ya ilgili Devlet ya da Devletlere, ya Güvenlik Meclisine veyahut da Devletler

YUHF D Vol. XI No. 2 (2014) - YUHF D Vol. XII No. 1 (2015)

inşaata konusunda B.M. üyesi Devletler tarafından Genel Kurulun 10. olağanüstü toplantısında ve Genel Kurulun 25 Nisan 1997 tarihli ES-10/2 tavsiyesi ile kabul ettiği metinde, duvarın uluslararası barış ve güvenliği tehdit etmekte olduğunu tespit etmiştir.

Divan gelişen olayları ortaya koyarak konuya eğilmiştir. İsrail, Güvenlik Meclisinin bölgede aktif rol oynadığını, fakat Genel Kurulun ise B.M. Antlaşmasının 12/1. maddesinde kendisine tanımış olduğu yetkisini hiç kullanmadığını, ayrıca istişari görüş vermesinin de söz konusu hükme aykırı olduğu konusunda itirazda bulunmuştur.¹⁵

Divan istişari görüş isteme konusunda kendisine yapılan başvurunun, 12.maddenin Genel Kurul tarafından “uyuşmazlık veya durum hakkında hiçbir tavsiyede bulunmamalıdır...” hükmüne girmediğini belirtmiştir. Genel Kurula göre B.M. Antlaşmasının 24. maddesine göre uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında temel sorumluluk Güvenlik Meclisine düşmektedir fakat, Genel Kurul ve Güvenlik Meclisi, 12.maddesi beraberce yorumlayarak, bu maddenin barış ve güvenliğin korunmasında, konu Güvenlik Meclisinin gündeminde iken Genel Kurula tavsiyede bulunabilmesi yetkisine engel teşkil etse de, söz konusu maddenin B.M. de yapılan yorumuna göre, uygulamada her iki organ da, uluslararası barış ve güvenliği ilgilendiren konularda beraberce hareket etmelidir; uygulama ise artık yeni duruma göre Genel Kurulun yetkisi bakımından 12/1.maddeye uygundur. Divan bu durumda Genel Kurulun kabul etmiş olduğu ES-10/14 tavsiyesi ile 12/1. maddeyi ihlal etmemiş olduğunu, dolayısı ile istişari görüş isteme yetkisini de aşmadığını belirtmiş oluyordu.

İsrail bu başvurunun, Genel Kurulun Kasım 1950 tarihli, 377A(V) Barış için Birleşme kararı ile de uyuşmadığını ileri sürmüştür. Divan, barışın bozulması, tehdidi ve saldırı fiili durumunda, Güvenlik Meclisinin temel sorumluluğu alanına giren barış ve güvenliğin korunması alanında karar alabilmek için daimi üyeleri arasında oy birliğini sağlanamamış olması halinde Genel Kurul, üyelere gerekli tavsiyelerde bulunarak, kolektif

ile beraber Güvenlik Meclisine tavsiyelerde bulunabilir. Bu teşebbüse lüzum gösteren bu neviden mesele Genel Kurul tarafından görüşülmezden önce veya görüşüldükten sonra Güvenlik Meclisine havale edilir”. In: Aslan Gündüz age. S. 86.

¹⁵ 12/1.madde “Güvenlik Meclisi, bir uyuşmazlık veya herhangi bir durum karşısında, işbu Antlaşmanın kendisine yüklediği görevleri yaptığı müddetçe Genel Kurul bu uyuşmazlık veya durum hakkında hiçbir tavsiyede bulunmamalıdır, meğer ki, Güvenlik Meclisi bunu ondan isteye.” Bakınız: Aslan Gündüz, age. s: 86.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

tedbirler benimseyebilmek amacı ile tavsiyeler kabul etmek üzere, sorunu derhal inceleyecektir.¹⁶ Divan buna dayanarak, Genel Kurulun 1997 tarihli 10. olağanüstü toplantısında kabul etmiş olduğu ES-10/2 tavsiyesinde, söz konusu metindeki koşullar oluşmuş mudur konusuna eğilmiştir. Divan o tarihte, Güvenlik Meclisi daimi üyelerinden birinin vetosu nedeni ile karar alınamamış olduğunu; içinde bulunulan dönemde de barış ve güvenliğin bölgede tehdit altında bulunduğunun sonucuna varmıştır. Divana göre, Genel Kurulun 20 Ekim 2003 tarihinde ki olağanüstü toplantısında da, 1997 yılındaki durum tekrar etmiş, Güvenlik Meclisinin konuya dair karar teklifi bir kez daha veto nedeni ile ret edilmiş; bu durumda da Güvenlik Meclisi gene 3 Kasım 1950, 377A(V) tavsiyesinde öngörülmüş olduğu üzere hareket edememiş ve duvarın inşası konusunu tartışmaya dahi açmadığı gibi, buna dair herhangi bir belgede kabul edilememiştir.¹⁷

b) Duvarın Uluslararası Hukuka aykırı olduğuna dair kural ve ilkeler

Divan görüş verme konusunda yetkisin tespit ettikten sonra, duvarın Uluslararası Hukuka aykırı olduğuna dair kural ve ilkeleri incelemiştir. Divan önce B.M.’in kuvvete başvurmama ilkesine dair 2/4 maddesine göndermede bulundu.¹⁸

Divan ayrıca Genel Kurulun 24 Ekim 1970 tarihli “Devletlerarasında B.M. Şartına Uygun Şekilde Dostane Münasebetleri Kurmaya dair Milletlerarası Hukuk ilkeleri hakkında Bildiri”ye (2625 (XXV), göndermede bulunmuştur.¹⁹ Bildirinin, B.M. Antlaşmasının amaçlarından “milletlerin kendi mukadderatını kendi tayin hakkına saygı üzerine kurulmuş dostane münasebetleri geliştirmek ve dünya barışının sağlamaştırılması için elverişli her türlü değer ve tedbirleri almak amacına” ilişkin 1/2maddesini zikretmiştir.

¹⁶ Barış için Birleşme Kararı: 3 Kasım 1950, 377A(V) metni için: Aslan Gündüz: age, s: 114.

¹⁷ Divana göre, hâttâ Genel Kurulun 1997 yılındaki 10.olağanüstü toplantısından bu yana, onbir defa daha Genel Kurul aynı amaç ile iç tüzüğünün 9/b maddesine uygun olarak toplantıya çağırılmıştır.

¹⁸ B.M.Antlaşmasının 2/4. maddesi: “Teşkilatın üyeleri milletlerarası münasebetlerinde gerek herhangi bir başka Devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı, gerekse B.M.in ilkeleri ile telif edilemeyecek herhangi bir suretle tehdit veya kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar. Bakz: Aslan Gündüz: age, s.85.

¹⁹ Söz konusu Bildirinin metni için bakınız: Aslan Gündüz: age, s:106-113.

İnsancıl Hukuk açısından ise Divan, istişari görüşünü, 1907 La Haye Yönetmeliği ile 12 Ağustos 1949 “Harp zamanında sivillerin korunmasına ilişkin” IV. Cenevre Sözleşmesine dayandırmıştır.²⁰ İsrail tepki göstererek, 1949 tarihli IV. Cenevre Sözleşmesinin, Filistin topraklarına uygulanamayacağını iddia etmiştir. Zira 2.maddeye göre, Sözleşme, bu sözleşmeyi onaylayan taraf Devletlere uygulanır, Filistin Devlet olmadığından Yüksek Akit Taraf olarak kabul edilemez. Ayrıca bu topraklar işgal altında değildir; zira 1967 yılında savunma savaşında iken, meşrû bir savaş sonucu kendisine geçmiştir. Divana göre ise, iki tarafın savaşması halinde herhangi bir işgal altındaki topraklarda IV.Cenevre Sözleşmesi uygulanabilir; nitekim 1967 savaşı öncesinden beri bu durum geçerlidir ve Sözleşme Filistin toprakları için de geçerlidir.²¹

Gene Divana göre, İsrail’in iddia ettiği gibi, insan hakları sözleşmeleri savaş dönemlerinde ortadan kalkmaz. B.M.in Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin 1966 Sözleşmesi hakların korunması açısından savaş zamanını da kapsar.²² İsrail’in değerlendirmelerini aksine , Divan, 1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin B.M. Sözleşmesi ile 1989 B.M. Çocuk Hakları Sözleşmesinin , işgal altındaki topraklarda uygulanabilecek belgeler olduğunu belirtmiştir. Divan, Doğu Kudüs ve İşgal altında ki topraklarda 1967 den beri İsrail’in uygulamakta olduğu politikanın söz konusu sözleşmelerin doğrudan ihlâli olduğunu ve duvar inşaatının, İsrail’in bölgeyi kendi ülkesine katma politikasının bir devamı olduğunu; Doğu Kudüs’ü ülkeden ve Batı Şeria’dan tamamen izole ederek, Batı Şeria’yı

²⁰ Nitekim IV. Cenevre Sözleşmesinin 49.maddesine göre “Himaye gören şahısların işgal altındaki topraklardan, şağil Devletin kendi topraklarına veya işgal edilmiş olsun olmasın başka bir Devletin topraklarına ferdi olarak veya kitle halinde cebren nakilleri veya tehcirleri, her, ne sebeple olursa olsun yasaktır” demektir.

²¹ Nitekim IV:Cenevre Sözleşmesine taraf Devletler 1999 toplantısında bir bildiri yayınlamaları, bu Sözleşmenin işgal altındaki topraklarda ve Doğu Kudüs’te uygulandığını kabul etmiştir. 5 Aralık 2001 yılında da bu Bildiri teyid edilmiş ve Uluslararası Kızıl Haç Komitesi Sözleşmenin 1967 yılından beri işgal altındaki topraklarda uygulanabilirliğini doğrulamıştır. Gene, Genel Kurul ve Güvenlik Meclisi, benimsemiş oldukları belgelerde de bu hususu belirtmişlerdir.in: Claude Barrat: “ Le Mur: analyse d’une décision de la CIJ “ <http://www.cairn.info/2en> s: 9 ve 21 (17.11.2014).

²² Divan görüşü www.icj.org s:40, paragraf 102-113 ve ayrıca B.M. Çocuk Hakları sözleşmesi ile ilgili olarak: www.icj.org s: 48-54, paragraph 124-134. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

ikiye bölerek yapılan duvarın, bağımsız Filistin Devletinin kurulmasını imkansızlaştırmakta olduğu tespitinde bulunmuştur.²³

İsrail inşaat için belirlediği duvar hattı ile Yeşil Hat arasında kalan "kapalı alan"da, Filistin'den işgal etmiş olduğu topraklara yaklaşık %80 den fazla yerleşim yeri daha kurmuştur.²⁴ Nitekim 1980 yılında, B.M. Güvenlik Meclisi 465 (1980) kararında İsrail'in , kendini halkını bölgeye iskân etme politikası ve uygulamalarını, 1949 IV. Cenevre Sözleşmesinin dolayısı ile de Uluslararası Hukukun ihlâli olarak nitelemişti. Divan görüşüne göre duvarın izlediği hat, İsrail ile Filistin arasında sınır çizildiği anlamına geleceğinden endişe vericidir; bu durumda inşaat İsrail'in bir oldu bittisidir; şimdilerde geçici olarak nitelenen hat ileride süreklilik arz edecek olup, bu durum ise bu alanın da **de facto** işgali demek olacaktır.²⁵ Duvarın inşaatı ve İsrail'in diğer haksız uygulamaları, işgal altındaki topraklarda demografik yapıyı değişikliğe uğratması²⁶ Filistin halkının kendi geleceğini kendi tâyin hakkına önemli bir engel oluşturmaktadır. Divan, İsrail'in güvenlik nedeni ile duvar ördüğü beyanlarını red ederek, bu tutumu hem Uluslararası İnsancıl Hukuka hem de İnsan Hakları Hukukuna aykırı bir davranış olarak nitelemiştir.²⁷

İsrail kendisine yapılan şiddet hareketlerine karşılık verme hakkı ve görevi bulunduğunu ve "gereklilik" durumunu öne sürerek, bunu da B.M Antlaşmasının 51.maddesine göre meşrû müdafaa hakkını kullanarak yaptığını ileri sürmesine karşılık Divan, gene de İsrail'in tutumunun duvarın gayri meşrû olduğu gerçeğini göz ardı edilmesini engellemeyeceğini ifade etmiştir.²⁸ Burada gereklilik halinin bulunmadığını da ifade eden Divan, örülen duvarın yapıldığı hattın da İsrail'i saldırılardan koruyamayacağını söylemiştir.²⁹

²³ Plateforme des ONG françaises pour la Palestine Le mur dans et autour du Jérusalem. <http://www.pplateforme-palestine.org> (17.11.2014).

²⁴ Grégory Bourilhon: "Le mur édifié par Israël est contraire au Droit International" UMR_CNRS-7318, s:2 http://cdpc.univ-tin.fr/actualite_8_mur_israel.html (7.11.2014).

²⁵ www.icj-cij.org 121. Paragraf.

²⁶ www.icj-cij.org 133. paragrafı.

²⁷ www.icj-cij.org 122. paragrafı.

²⁸ B.M.Antlaşmasının meşrû müdafaaya ilişkin 51.maddesi için: Aslan Gündüz: age, s:92-93 . John Danforth: Assemblée Générale de l'ONU a examine le 16 juillet 2004 l'avis de la CIJ de la Haye, 18 Juillet 2004 <http://www.desinfos.com/SPİP> (17.11.2014).

²⁹ www.icj-cij.org s:56-57 paragraf 140-142.

İsrail 2005 yılında, duvarın Uluslararası Hukuka uygun olduğunu ileri sürerken, “askeri gereklilik” ve “orantılı olma” kavramlarını göz önünde bulundurarak ördüğü duvarın bu açıdan dengeyi gözeterek duvarın yapıldığını ileri sürmüştü. Oysa İsrail’in benimsediği ilkeler, orantılı olma ilkesine girmediği gibi, kendi ulusal askeri ve iç güvenliği konularına girmektedir; zira Uluslararası İnsancıl Hukuk, askeri gereklilik ve orantılılık hepsi birbirlerine bağlı kavramlardır.³⁰

c) Divan duvarın Uluslararası Hukuka göre gayri meşrû olduğunu kabul ettikten sonra, duvar inşaatının hukuki sonuçları konusunu incelemeye almıştır

Divana göre İsrail, Uluslararası Hukuka uymak sorumluluğu altındadır; Filistin halkının kendi geleceğini kendi tâyin etme hakkına saygı göstermek durumunda olduğu kadar, Uluslar arası İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuktan kaynaklanan sorumlulukları bulunmaktadır.³¹ Bu nedenlerle duvarın inşaatına son vermek, işgal ettiği Filistin topraklarında kurmakta olduğu duvarın bu kısımlarını yıkmak ve duvarın inşaatından ötürü vermiş olduğu her türlü zararı da tazmin etmek zorundadır.³²

Genel Kurulun 19 Temmuz 2004 tarihinde ki toplantısında Divan görüşünün incelendiği esnada Çin temsilcisi, UAD’nın istişari görüşünün Uluslararası Hukukun otoritesini sağlayabilmesinin, uluslararası toplumun sorumluluğuna giren bir konu olduğunu belirttikten sonra, duvarın İsrail’in güvenliğini de garanti edemeyeceğini, zira tarih göstermiştir ki bir uyumsuzluk halinde ancak üzerinde karşılıklı görüşmeler sonucu yapılan bir düzenleme barışa ulaşmak için tek yol olabilir.³³

Divana göre İsrail Uluslararası Hukuka göre **erga omnes** sorumluluklarını yerine getirmek zorunda olduğu kadar, bu zorunluluklar diğer Devletlere karşı ileri sürülebilen **erga omnes** vecibelerdir. O halde bütün Devletlerin duvar inşaatından kaynaklanan gayri meşrû durumu tanımama

³⁰ “Conséquences juridiques de l’édification d’un mur dans le territoire palestinien occupé”. 10 temmuz 2004 <http://www.france.palestine.org> (17.11.2014). Ayrıca CIJ opinion individuelle de M.le Juge Koromo et M.l eJuge Kooijmons. in: Résumé de l’avis consultative du 9 Juillet 2004 . 2004/2 le 9 juillet 2004 et annexes au Résumé 2004/2.

³¹ www.icj-cij.org s: 46-47 , paragaf 119-120.

³² www.icj-cij.org 163.paragaf.

³³ Assemblée Générale de IONU a examine le 16 Juillet 2004 l’avis de la CİJ. Elle se prononcera le 19 Juillet sur la suite à donner <http://www.desinfos.com/SPIP> (17.11.2014). *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

görevleri bulunması yanında, kendisine yardımcı olmayacakları ve durumu sürdürmesine engel olma mecburiyetleri de bulunmaktadır.³⁴

Divanın istişari görüşü her ne kadar "özellikle ağır" bir tavır olarak yankı görmüş ise de, hukuken bir çok çevrede tartışmasız olarak doğru bir hukuki görüş olarak ta nitelendirilmiştir.³⁵

Divan, Genel Kurul ve Güvenlik Meclisinden istişari görüşü dikkate alarak, duvarın inşaatından kaynaklanan kanunsuz duruma son verilebilmesi için ne gibi yeni tedbirler kabul edilebilecekleri konusunda incelemelerde bulunmalarını istemiştir.³⁶

Divan görüşünün daha açıklanmasından önce, görüşün içeriği konusunda bazı haberler sızdırılmış; İsrail ise Divan görüşünün açıklanmasından önce Divanın görüşünü dikkate almayacağına dair bildirimlerde bulunmuş; A.B.D. de İsrail gibi Divan görüşünü beğenmemiştir.

II- ULUSLARARASI HUKUK BAĞLIMINDA DİVAN GÖRÜŞÜNE DEVLETİN ULUSLARARASI SORUMLULUĞU AÇISINDAN BİR YAKLAŞIM

Divanın 9 Temmuz 2004 tarihli istişari görüşü, bir karar olma niteliğinde olmasa da, Uluslararası Hukuk bakımından önemli bir içtihat oluşturdu diyebiliriz. Uluslararası Hukuk Komisyonunun Devletın sorumluluğu alanında kodlaştırma çalışmaları çerçevesinde kaleme almış olduğu maddeler, duvar meselesinde, uluslararası teâmül bakımından da önemli olmuştur. Zira Divan, Devletler Hukuku Komisyonunun, Devletın uluslararası sorumluluğu konusuna dair maddelerine dayanarak karar verirken, teâmül hukukunu yansıtır olma bakımından kendini bağlı tutmak istememiştir. Bununla beraber duvar konusundaki istişari görüşünde Divan, meşrû müdafaa, gereklilik durumu gibi konuları ele alırken bu konulara dair hükümlerin pozitif hukuku yansıttığını belirtmiştir. Divan kuralları uygularken, uluslararası sorumluluk sistemi ve uluslararası alanda meşrû olmayan durum konularında yorum yaparken, Devletın uluslararası sorumluluğunun uygulamaya konulması ve içeriği konularında ilginç tespitlerde bulunmuştur.

³⁴ www.icj-cij.org 139.paragraf.

³⁵ Le Monde Dimanche 11 –Lundi 12 Juillet 2004.

³⁶ www.icj-cij.org 160.paragraf.

Devletin uluslararası alanda sorumluluğu sistemi ve uluslararası alanda meşrû kabul edilemez olan fiil bakımından Divan, işgal altındaki topraklarda, Doğu Kudüs'ün etrafında, çok sayıda uluslararası hukuk kurallını çiğnemekten İsrail rejiminin sorumlu tutmuştur.³⁷ Ayrıca Divan, konvansiyonel hukuktan doğan ihlaller ve teâmüle dayalı ilkelerden kaynaklanan ihlâlleri, ihlâl edilen sorumluluğun doğasına, yada ihlâlin kaynağına bakmaksızın aynı düzeye getirmek istemiştir.³⁸ Divanın özellikle de 2000 senesinden itibaren olan kararlarında bu duruma rastlamaktayız. Divan, Devletler Hukuku Komisyonunun, “Uluslararası Hukuka aykırı bir fiilden ötürü Devletin sorumluluğuna dair maddeler taslağının”, “Devletin Uluslararası Hukuk bakımından meşrû kabul etmediği fiilin unsurlarına” dair 2. maddesini göz önüne almıştır. Divan bir ülkenin kendi iç hukukunun kurallarına sığınarak, uluslararası sorumluluklarından kendini kurtarmayacağını da ifade etmiştir.

Meşrû müdafaa konusunda, A.B.D.'ne karşı İran İslam Cumhuriyeti davasında, (petrol platformları meselesi) Divanın 2003 yılında vermiş olduğu kararında ve Kongo topraklarındaki askeri faaliyetler konusunda 2007 tarihinde ki kararında olduğu üzere, Duvar konusundaki istişari görüşünde de Divan, Uluslararası Hukuk Komisyonunun, Devletin sorumlulukları konusundaki maddeler taslağının 25. maddesine gönderme yapmış ve gereklilik halinin ancak kabul edilen tedbirler, İsrail'in iddia ettiği gibi, iddia eden ülkenin çıkarlarını korumak için tek vasıta olması halinde ileri sürebileceğini belirtmiştir.³⁹

Devlet sorumluluğunun içeriği ve uygulanabilmesine dair yaklaşımında Divan, Devletler Hukuku Komisyonunun sorumluluğa dair madde tasarılarında kodlaştırılan teâmül kaidelerinin bundan böyle özellikle de 2000li yıllardan itibaren dikkate alır olmuştur. Buna göre çeşitli kararlarında Divan, bir teâhüdün ihlâl edilmesi halinde gerektiği ölçüde bu ihlâli tamir etmek; uluslararası alanda meşrû olmayan bir davranışı tamir etmek için hangi yolların tercih edileceğine dair hususların tespiti (Devletler Hukuku Komisyonunun 31. madde taslağı); ilk haline iade (Devletler Hukuku

³⁷ www.icj-cij.org s:171, 86.paragraph.

³⁸ Örneğin Divan, Bosna Hersek c/v Serbie et Montenegro meselesinde, 26 Şubat 2007 tarihinde, B.M.Soykırım Sözleşmesinin ihlal edildiğine dair vermiş olduğu kararında olduğu gibi. Recueil 2007, s: 414.

³⁹ www.icj-cij.org s: 195, paragraph 140.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Komisyununun 36. madde taslağı); tazminat ödenmesi (Devletler Hukuku Komisyonunun taslak 34-37. maddeler); maddi zarar olmadığında Divanın duruma uygun olarak tatmin edici bir ceza ödenmesi gibi hususları, önüne getirilen davalarda göz önüne alarak verdiği kararlar ve oluşan içtihad, 9 Temmuz 2004 görüşünde de değerlendirilmiştir. Divan özellikle 2000 yılından sonra verdiği kararlarında eski hale iade, tazminat ödenmesi ve tekrar edilmemesi konusunda garanti verilmesine netlik kazandırmıştır.⁴⁰

Bu konuda Divanın sembolik düzeyde de olsa, uluslararası sorumluluk bakımından 2004 istişari görüşünde, Devletler Hukuku Komisyonunun kodlaştırdığı madde tasarılarının 41.maddesini anmamış olmasının dâhi önemi bulunmaktadır. Zira Devletler Hukuku Komisyonunun, Devletin meşrû olmayan fiilinde sorumluluğu bakımından, kodlaştırdığı metnin III.Bölümü, "Uluslararası Hukukun buyruk kurallarına (**jus cogens**) aykırı davranıştan doğan ağır ihlalleri" başlığını taşımaktadır. Bu bölümde 40. madde, Devletin ağır ihlâllerinden doğan sorumluluklarına uygulanacağını hükmederken , bu davranışın Devletin sorumluluğunu yerine getirirken sistemli, çarpıcı ve aşikâr bir kusurun bulunması halini kabul ediyor. 41. madde ise bu bölüm çerçevesinde, Devletin sorumluluğunu ihlâl etmesinin sonuçlarına dairdir. Buna göre Devletler meşrû yollara başvurarak, ağır ihlâl durumlarına son vermek üzere işbirliğinde bulunacaklardır. Hiçbir Devlet 40. maddeye göre ağır ihlâl kabul edilen bir duruma yardım etmeyecektir. Nitekim U.A.D.'ı İsrail'in erga omnes sorumluluklarını ihlâl ettiğini görerek, kendi geleceğini kendi tâyin hakkına saygı gösterilmesi, İnsancıl Hukuk kurallarının ihlâli gibi meselelerde, istişari görüşünde, İsrail'in görüşünü kabul etmemiştir. Divan 40. ve 41. maddelere gönderme yapmadan, içeriklerine göndermede bulunarak bütün Devletlerin, B.M. Antlaşması ve Uluslararası Hukuka saygı göstererek, İsrail'in duvar örmesini engellemelerini, IV. Cenevre Sözleşmesine taraf bütün Devletlerin, B.M. Antlaşmasına ve Uluslararası Hukuka saygı çerçevesinde, İsrail'in bu hükümlere uymasını temin etme ve saygı göstermesini sağlamada sorumlulukları bulunduğunu ifade etmiştir.

⁴⁰ Meselâ, Divanın 2010 yılında Uruguay Nehri üzerinde tesis edilen kağıt hamuru fabrikası davasında Divan, bu tesisin yıkılmasını emretmek, Uruguay'ın prosedüre dair sorumlulukların ihlal etmiş olmasına karşılık bir tür tamir olarak kabul etmiştir. Avena ve LaGrand davalarında böyle idi.

Divan böylece uluslararası toplumun çıkarlarının kaynağında, uluslararası sorumluluk hukukun bulunduğunu vurgulamış ve tanımış oluyordu. Artık son yıllarda Divan önüne getirilen Devletin sorumluluğuna dair konularda artış olduğu görülmektedir. Nitekim 2001-2010 yılları arasında Divanın vermiş olduğu 25 karardan 11 tanesi Devletin sorumluluğuna dair olup, buna ilk kez 9 Temmuz 2004 tarihli istişari görüşte dahildir.⁴¹

Böylece UAD görüşü, İsrail'in uluslararası sorumluluğu bulunduğunu, bu konudaki Uluslararası Hukukun kuralları doğrultusunda duvarın örülmesini durdurmak ve inşa edilen kısımlarını yıkmak ve neden olduğu zararları tazmin etmek zorunluluğu bulunduğunu bildirmiştir.

III-DİVAN GÖRÜŞÜNDEN İTİBAREN ON YIL İÇERİSİNDE FİLİSTİN AÇISINDAN YAŞANAN GELİŞMELER

Divanın istişari görüşü, içtihat açısından yukarıdaki paragrafta bahsettiğimiz üzere Uluslararası Hukukta önemli kazanımlara ve katkılara neden olmuştur. Acaba bu görüşten on yıl sonra, uluslararası alanda Filistin konusunda ne gibi gelişmeler oldu? Divan görüşünden başlayarak on yıl boyunca önemli gelişmeler yaşanmış olsa dahi, görülen odur ki daha yol alınması gereken önemli safhalar bulunmaktadır.

Filistin açısından bakıldığında 2004 Divan görüşünden sonra gelişen en önemli durum, Filistin'in 1967 sınırları içerisinde tanınması, Filistin halkının kaderini kendi tâyin etme hakkının ifade bulmuş olması ve İsrail'in Filistin politikasının da meşrûiyet sorunu bulunduğuudur.

Sonuçta Divanın istişari görüşünde , işgalci gücün Doğu Kudüs etrafında ve içinde ördüğü duvarın,Uluslararası Hukuka aykırı olması durumunu teyit etmiş olması bakımından Filistin açısından önemli bir gelişme

⁴¹ Hatta UAD, Devletler Hukuku Komisyonunun Devletlerin meşrû olmayan davranışlarından ötürü sorumlulukları konusunda 2001 yılından itibaren kalem almış olduğu ve kodlaştırdığı maddeler ve kuralları, zaten Divan içtihadından Devletler Hukuk Komisyonu tarafından derlenmiştir, dier bir deyişle zaten mevcuttur.Divanın içtihadı iledir ki bir kez daha durum teyit edilmiş olmaktadır. Bakınız: Alain Pellet: “Remarques sur la jurisprudence récente de la CIJ dans le domaine de la responsabilité internationale”, in: Perspectives du Droit International du 21e siècle. Liber Amicorum Professor Christian Dominicé Honour of his 80th Birthday. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden- Boston 2012.

Ayrıca: Devletler Hukuku Komisyonunun Devletin uluslararası sorumluluğu konusunda yapmakta olduğu kodlaştırma çalışmaları için: “Projets d’articles sur la responsabilité de l’Etat pour fait internationalement illicite” 2001,CDI, 53e session en 2001. Annexe de la Résolution 56/83 de l’Assemblée Générale du Décembre 2001. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

söz konusudur. Nitekim İsrail'in en üst hukuk organı Yargıtay, tarafından duvarın çiziminde Kudüs'ün kuzeyindeki 30 km.lik bir bölgede, yasasında 35.000 Filistinlinin haklarının gözetilmesi üzere değişiklik yapılmasını istemiş olması bunun bir göstergesidir.

Divanın, Genel Kurul ve Güvenlik Meclisinden istişari görüşünü dikkate alarak bu gayri meşrû duruma son verilmelerini istemesi, Divan görüşünün içeriği ile birleştiğinde, İsrail siyasetinde bir kırılmaya neden olduğunu su yüzüne çıkartmıştır. Divanın verdiği görüş İsrail tarafından siyasi olmakla suçlanmış olsa da, hakça, adil ve esnek bir görüştür. Bundan böyle bu hukuki görüşün İsrail ve diğer ülkeler tarafından uygulamaya aktarılışını temin için Filistin'e çok önemli görev düşmektedir.⁴²

1988 yılında Yaser Arafat'ın Cezayir'de Filistin'in bağımsızlığını ilân etmiş olması, ilk olarak bağımsızlığı için mücadele eden Filistin halkının kendi geleceğini kendi tâyin etme hakkını teyit etmesi; ikinci olarak ta ileride barış içinde 1967 sınırları dahilinde kurulması planlanan iki Devletin kurulabilmesine giden yolu açmıştı. 1949 yılında iki Devlet kurulmasını öngören B.M. in 181. tavsiyesi ve 1969 da İsrail'in, 1967 de işgal etmiş olduğu topraklardan çekilmesine dair B.M. in 242 tavsiyesi, Gazze'nin İsrail bombardımanlarına maruz kalması ve Batı Şeria'da yerleşim bölgelerinin kurulmasına rağmen, Filistin'in tanınması amacı ile yaptığı girişim oylanmıştır.

Filistin'in Kasım 2011 tarihinde UNESCO'ya üye olarak kabul edilmesi, Filistin'in tarihi mirasını, kültürünü, eğitimini ve bilim dünyasında yer edinme isteme hakkının meşrû hakkı olduğu anlayışına işaretler. Bu durum nitekim, Divanın görüşünde işaret ettiği, uluslararası toplumun evrensel değerlere önem verdiğini, bu uyuşmazlığın barışçıl yoldan çözülmesini istediğini, işgalin sona ermesini hızlandırmayı ve Uluslararası Hukuka saygı gösterilmesini temin etmek sorumluluğunda olduğunu göstermek durumundadır.

Filistin'in Kasım 1947 tarihinde ikiye bölünmesine dair 181 no. lu B.M. kararından 65 sene sonra , 29 Kasım 2012 tarihinde Genel Kurul, A.B.D.nin tepki olarak Genel Kurulun ve Güvenlik Meclisinin Devlet

⁴² 1971 Namibya meselesi; 1974 Doğu Sahara meselesi; 1986 Nikaragua meselesi gibi konularda Divanın vermiş olduğu görüşler dikkat alındığında, bunların da siyasi konular olduğu malûm, ama gene de Divanın hukuki görüş vermesine engel olamamıştır ki.

kurma yetkileri bulunmadığını ifade etmiş olmasına rağmen, 138 olumlu oy, 9 olumsuz oy ve 41 çekimser oy ile, Filistin'i B.M. in gözlemci üyesi olarak kabul etti.

Filistin Aralık 2014 tarihinde, gelecek 12 ay içinde İsrail ile bir barış anlaşması imzalanması ve işgal altındaki topraklardan İsrail'in çekilmesi üzere Güvenlik Meclisine bir tavsiye taslağı sunmuştur. Bu talep Güvenlik Meclisinde şüphesiz karşılık bulamamıştır. A.B.D. bu teklifin yapılabilmesi için daha çok erken olduğunu ileri sürerek Güvenlik Meclisinden böyle bir kararın çıkmasını önlemiştir.

Aralık 2014 tarihinde Uluslararası Ceza Mahkemesine Filistin'in üye olmak istemesi talebi, İsrail'in uluslararası bir ceza organı önüne çıkarılmasının henüz erken olması nedeni ile askıda kalmıştır. Filistin 13 Haziran 2014 ten beri Gazze'de işlenmekte olan uluslararası suçlardan ötürü İsrail'in yargılanması isteği ile Uluslararası Ceza Mahkemesinin kaza yetkisini tanımıştır. Filistin tarafının, İsrail'in 2014 yazında Gazze'de işlemiş olduğu suçlar konusunda uluslararası bir soruşturma açılabilmesine dair teklifi de red edilmiştir. İsrail kimseye verecek herhangi bir hesabı bulunmadığını ileri sürerek, her yönden tarafsız olduğu kabul görmüş bir soruşturmayı 2009 yılında da yapmış olduğu üzere red ederek, B.M. İnsan Hakları Konseyi ile işbirliğinde bulunmayı da kabul etmemiştir.⁴³

Bütün bu olumsuz gelişmeler karşılık, Filistin FIFA tarafından tanınmış ve Asya Kupasının favorilerinde biri olan Japon futbol takımı ile Ocak 2015 tarihinde sahaya çıkmış, maçı (4-0) kaybetmiş olsa dahi, sporun uluslararası siyasette nasıl bir role sahip olabileceğini ispatlamıştır.

Bugüne kadar 135 ülke Filistin Devletini tanımıştır.⁴⁴ Ekim 2014 te İngiliz Parlamentosu Filistin'i tanımak üzere girişimde bulundu, İsveç ise gene Ekim 2015 te bu ülkeyi tanıdı.

SONUÇ

Uluslararası Adalet Divanının 09 Temmuz 2004 tarihli istişari görüşünün bağlayıcı niteliği olmasa da önemli bir ahlakî değeri vardır. Nitekim Divanın otoritesi ve prestiji verdiği kararlar ve istişari görüşleri ile de bağlantılıdır. Divan kararları ve istişari görüşüne başvuran B.M. kurum ve organla-

⁴³ Bu konularda daha detaylı bilgi için "Reconnaissance de l'Etat de Palestine" s: 1-3 <http://www.france-palestine.org/> (26.01.2015).

⁴⁴ *ibid* s: 1.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

rı, Divan içtihadını özümseyerek, Uluslararası Hukukun gelişmesini sağlamış olurlar.

Divan istişari görüşünde, İsrail ve Filistin den, Güvenlik Meclisinin benimsemiş olduğu yol haritasında belirtilen esaslara derhal uymalarını ve İnsancıl Hukuka saygı göstermelerini bir zorunluluk olarak istemişti. Divan taraflardan, Uluslararası Hukuk temelinde ve en kısa zamanda kabul edilebilir bir çözümün taraflar arasında tartışılıp, görüşülmesi gerektiğini, ayrıca İsrail yanında bir Filistin Devletinin kurulması amacı ile tarafları cesaretlendirecek çabalarda bulunması için Genel Kurula çağrıda bulunmuştu. Filistin tarafı da U.A.D. görüşünün incelenmesi üzere bir araştırma taslağı hazırlayarak Genel Kurula sunmuştu. Genel Kurul konuyu Güvenlik Meclisi önüne götürebilirdi. Fakat Güvenlik Meclisinin daimi üyesi A.B.D. vetosunu kullanarak Güvenlik Meclisinin İsrail'i kınayan ve duvarı yıkmasına dair karar alabilmesini engelleyebilirdi. Hâtta A.B.D. ile aynı görüşü paylaşan Avrupa ülkelerinin de aynı doğrultuda hareket etmesi ihtimalini de göz ardı etmemek gerekir. Oysa, A.B.D bir ölçüde Ortadoğu projesi kapsamında bölgeye yaklaşırken, Ortadoğu ve Akdeniz'de, Avrupa ülkelerinin etkinliğini saf dışı bırakmak ister gibi bir politika güderken, bu ülkeler A.B.D.'nin bölgesel oyununa gelmek zorunda da değiller.

B.M. Teşkilâtının 1950 tarihli Barış için Birleşme kararına göre Güvenlik Meclisinin işleyemez olması halinde, barış ve güvenliğin korunmasında Genel Kurul yaptırım gerektiren karar kabul edebilme yetkisine sahiptir. Nitekim Divanın istişari görüşünde, bu husustaki açıklamalarını çalışmamızda inceledik.

Divan görüşünden on yıl sonra hâlâ duvarın inşaatı devam etmekte, bölgedeki Filistinliler hâlâ aynı dramı yaşamakta. Avrupa Birliği üyesi ülkeler, durumu on yıldır sadece sözlü olarak protesto etmekte ve passif bir şekilde hukukun ihlâlini izlemektedir. Uluslararası toplumun hareketsiz kalması karşısında, Divanın istişari görüşünden bir yıl sonra Filistin'de sivil toplum kuruluşları İsrail'e karşı bir kampanya açarak, Uluslararası Hukuku dikkate alan amaçlar tespit etmişlerdi: işgale son verilmesi; İsrail'de yaşayan Filistin vatandaşları için eşit haklar sağlanması; Filistinli mültecilerin topraklarına geri dönmeleri gibi. Hâtta Güney Afrika'da yaşanan apartheid rejimine son verilmesi faaliyetlerinde yaşanan durumu örnek alarak, Devletlerin bu alandaki hukukî sorumluluklarına saygı göstermeleri gerektiği hususunda çağrılarda bulundular.

Bütün bu çabalara rağmen geçen on yıl içerisinde Filistin’de durum daha da vahim bir hal alırken, İsrail U.A.D.’nin görüşünü hiçe sayarak baskı politikasına devam etmektedir. Öte yandan, on yıllık süre içerisinde ekonomik, kültürel, sportif alanlarda Avrupa’da Filistin lehine yürütülen kampanyalara rağmen, Fransa, İngiltere, İsviçre gibi ülkelerin İsrail ile işbirliğinde olmaları nedeniyle bunlar da düşüşe geçmiştir. Son yıllarda doğru yönde yeterli olmasa da gene de bir adım atılarak, Almanya, Fransa, İngiltere, İtalya, İspanya, Portekiz... gibi bazı ülkelerin kendi şirketlerinden A.B. Direktiflerini uygulayarak, bazı İsrail Firmalarının finansman ve sübvansiyonunu yasaklamaları istenmektedir.

Filistin Hakları Komitesi, Divan görüşünden on yıl sonra bir bildiri yayınlayarak, durumun iyileşemediğini, ağırlaşarak devam ettiğini ve hâttâ duvarın yasal olmayan durumunu güçlendirmeye yaradığını duyurmuştur. Bildiride Güvenlik Meclisinin hareketsiz kalmasının çok pahalıya mal olduğunu, daha katı tedbirlere başvurulması gerektiği dile getirmiştir.

B.M. Genel Sekreteri de 2008 yılında, Genel Kurulun Divanın istişari görüşünden sonra isteği üzerine B.M. Teşkilâtında bir Kayıt Bürosu kurularak, duvarın sebep olduğu zararın kaydının tutulmasını istemişti.

Filistin, Avrupa ülkelerinin ve IV. Cenevre Sözleşmesine taraf olan ülkelerin İsrail’e yeterince baskı yapmadıklarını, yan yana yaşayabilecek iki Devletin kurulabilmesi olanağının böyle davranışlardan ötürü ortadan kalkmasına dahi sebep olduklarını, Güvenlik Meclisinin de halen hareketsizliği ve sessizliğini koruduğunu ifade etmektedir. On yıl sonra gelinen noktada, duvar Yeşil Hattın iki misli uzunluğa ulaşmıştır. (700 km.den fazla).

Divanın istişari görüşü, Uluslararası içtihadı ve Hukuku geliştiren bir belge olarak, İsrail-Filistin uyuşmazlığı sürecinin çözümünde önemli bir unsur ve safhadır. Divan görüşünde ki önemli hukuki tespitler, **jus cogens** ilkelerine dayandığından, herkese karşı ileri sürülebilir **erga omnes** niteliği haizdir.

KAYNAKÇA

OUVRAGES et ARTICLES

ABI-SAAB Rosemary: "Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé": quelques réflexions préliminaires sur l'avis consultatif de la Cour Internationale de Justice" in: Affaires Courantes et Commentaires RICRseptembre 2004 vol.86 no: 855.

BARRAT Claudie: "Le Mur: Analyse d'une décision de la Cour Internationale de Justice". Publié dans Etudes Rurales 2005/1-2 (no: 173-174) CAIRN, Éditeur Édition de l'EHESS. <http://www.cairn.info/zen.php>

BOURILHON Grégory: "Le mur édifié par Israël est contraire au droit international". Centre de Droit et de Politique Comparés, CNRS, UMR-CNRS 7318 <http://cdpc.univ-tin.fr/actualites>

ÇAĞIRAN Mehmet Emin: "Filistin Duvarının" Hukuki Mahiyeti ve Sonuçları Üzerine Uluslararası Adalet Divanının İstişari Mütalaası". İn: Akademik Orta Doğu, cilt1, 2006,s.57-76.

DENK Erdem: Uluslararası Adalet Divanı'nın İsrail'in İşgal Altındaki Filistin Topraklarında İnşa Etmekte Olduğu Duvar Konusundaki Kararı: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi.

EREKAT Saeb: La Reconnaissance de l'Etat palestinien, "une première étape nécessaire". Le Monde avec AFP, mercredi 12 novembre 2014. <http://www.france-palestine.org/La-reconnaissance>

GÜNDÜZ Aslan: Milletlerarası Hukuk, Temel Belgeler, Örnek Kararlar, Geliştirilmiş 3.baskı Beta 1998.

PELLET Alain: Remarques sur la Jurisprudence Récente de la C.I.J. dans le domaine de la Responsabilité Internationale. in: Perspectives du Droit International au 21e siècle. Liber Amicorum Professor Christian Dominicé in Honour of his 80th Birthday. Edited by: Marcelo Kohen, Robert Kolb, Djacoba Liva Tehindrazanorivelo. Martinus Nijhoff publishers Leiden.Boston 2012.

RUZIE David, **TEBOUL**Gérard: Droit International Public, Mementos de Dalloz 21e édition-2012.

TROUDI Mohamed Fadhel: "les Conséquences de la Construction du Mur à Jérusalem". in: Géostratégiques no.15- L'Europe et les Crises au Moyen-Orient.

SITOGRAPHIES

Assemblée (1^{re}) Générale Exige qu'Israël s'acquitte de ses obligations en vertu de l'avis de la CIJ sur l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé: Communiqué de Presse AG/1488, Document no B-12.1, Résolution du 20 juillet 2004 de l'A.G des Nations Unies , 20/07/2004.

Assemblée (1^{re}) Générale de l'ONU a examiné le 16 juillet 2004 l'avis de la Cour Internationale de Justice de La Haye. Elle se prononcera le 19 juillet sur la suite à donner.

http://www.desinfos.com/spipIMG/article_PDF/local/cache-vignettes

CIJ(1a) Déclare l'édification du mur par Israël dans le territoire palestinien occupé, contraire au Droit International. Nations Unies , Couverture des réunions&communiqués de presse, 9 juillet 2004. <http://www.un.org/press/fr/2004/CIJ636.doc.htm>

Comité des droits des Palestiniens:10 ans après l'avis de la CIJ,"le dispositif de mur et de barrières est intact et la vie des palestiniens se dégrade à une vitesse alarmante". Assemblée Générale/ Couverture des Réunions , Comité pour exercer des droits inaliénables du peuple palestinien. 362e séance-matin Nations Unies AG/PAL/1308,

<http://www.un.org/prss/fr/2014/AGPAL>

Conséquences Juridiques de l'Edification d'un Mur dans le Territoire Palestinien Occupé (Requête pour Avis Consultatif). Résumé de l'Avis Consultatif du 9 Juillet 2004. <http://www.palestine-solidarite.org>

Mur (le) dans et autour de Jérusalem: Plateforme des ONG françaises pour la Palestine. <http://www.plateforme-palestine.org/Le-Mur-dans-et-autour-de-Jerusalem,104>

Dix ans après l'avis consultatif de la CIJ sur le mur, Israël n'a toujours pas de comptes à rendre.

Ligue des Droits de l'Homme. <http://Idh47.org/2014/07/09/dix-ans-apres>

10 ans après l'avis de la Cour internationale de justice, amener Israël à rendre compte de ses crimes: AFPS, mardi 8 juillet 2014. <http://www.france-palestine.org/10-ans-apres>

Projet d'Articles sur la Responsabilité de l'Etat pour Fait Internationalement Illicite 12 décembre 2001:Documents officiels de l'Assemblée générale 56e. Session. Supplément no:10(A/56/10).

Rapport de la Cour Internationale de Justice 1er Août 2003-31 juillet 2004, Assemblée Générale, Documents officiels. 59e session , Supplément No 4 (A/59/4).

Reconnaissance de l'Etat de Palestine, Association France Palestine Solidarité, 22 janvier 2015. <http://www.france-palestine.org/+Reconnaissance>

Reconnaître Palestine à l'ONU:

<http://www.lemonde.fr/idees/article/2012/11/22>

“Situation (la) n’a cessé d’empirer pour les Palestiniens”: Catégorie:bds arguments int. Publié le 11 juillet 2014. <http://www.bds-info.ch/index.php/fr/campagnes>

Territoire palestinien occupé/Israël. <http://www.oxfamsol.be/fr/Mur-de-separation>

CEBRÎ İCRA YOLU İLE TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KAZANILMASINDA KİRACININ YENİ MALİK KARŞISINDAKİ HUKUKÎ DURUMU

(WHERE THE POSSESSION OF REAL PROPERTY IS ACQUIRED THROUGH FORE-
CLOSURE, THE LEGAL POSITION OF THE LESSEE BEFORE THE NEW OWNER)

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI*

ÖZET

BK.310 hükmünün yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı olacağını söyleyen hükmü, İİK.135/II hükmü karşısında önemini bir hayli kaybetmektedir. Bu sebeple, İİK.135/II ve hatta İİK.128/I hükümlerindeki “resmi belge”, “resmi senede müstenit” ibareleri değiştirilmeli, bunların yerine “topluma güven veren belge” ibaresi tercih edilmelidir. Aksi takdirde, kira sözleşmesinin şekle bağlı olmadığına ilişkin kural da anlamını yitirebilecektir.

Anahtar Kelimeler: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu, kira sözleşmesi, cebri icra ile malik olma, yeni malik, geçerlilik şekli.

ABSTRACT

Under Article 310 of the Code of Obligations, the rule, which states that the new owner would be a party to a contract of lease, does become obsolete under rule 135/II of the Code of Enforcement and Bankruptcy. For this reason, the phrases such as “official document”, and “supporting an official deed” stated under Article of 135/II of the Code of Enforcement and Bankruptcy and even under Article 128/1 of the same Code, need to be altered. Instead of these the phrase: “a document that confers security on

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: arpaci@europe.com

society” must be favored. Otherwise the rule that states that a Contract of Lease should not adhere to any form would be meaningless, also.

Keywords: *Turkish Code of Obligations (Act No. 6098), Code of Enforcement and Bankruptcy (Act No. 2004), contract for lease of property, to acquire possession through foreclosure, new owner, form requirement.*

I-Genel Olarak

Önceki Borçlar Kanunumuz açısından, kiralanan taşınmazın mülkiyetinin el değiştirmesi halinde, yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı olacağından bahsetmek mümkün değildir. Gerçekten, eski BK.254 hükmünden anlaşılan budur. Her ne kadar sözü edilen hükmün taşınmazlara ilişkin ikinci fıkrası yeni malikin kiracıya bir süre daha (kanunen ihbar caiz olan miada kadar) tahammül etmesini istemiş ise de, bu düzenlemeden hareketle yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı olacağı sonucuna varılamayacağı açıktır.

Buna karşılık yeni Borçlar Kanunu, bütün kira ilişkileri için uygulanacak bir hükümlerle, kiralananın herhangi bir sebeple el değiştirmesi halinde, yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı olacağını açıkça belirtmiştir (BK.310/I). Bu düzenleme, İsviçre Borçlar Kanunu, mad. 261 hükmünün ilk fıkrasından istifade edilerek kaleme alınmıştır.

Açıktır ki, bu düzen tarzı, kira ilişkisinin kurulmasından sonra kiralananın mülkiyetinin el değiştirmesinden kiracının zarar görmemesini temin amacı ile getirilmiş bulunmaktadır. Aynı düşünce ile, kira sözleşmesinin kurulmasından sonra üçüncü kişinin kiralanan üzerinde ve kiracının hakkını etkileyen bir ayni hak (sınırlı ayni hak) kazanması hali için de kiralananın el değiştirmesi düzenlemesi kıyasen uygulanacaktır (BK.311).

Ne var ki, İİK.135/II hükmü dolayısıyla, sözü edilen amaç bir hayli zedelenmiş olmaktadır. BK.310 hükmünün gerekçesinde de, söz konusu İİK.135'in ayrıca uygulanacağı dile getirilmiştir. Aşağıda, bu konu ele alınacaktır.

II-Konunun Özel Olarak İncelenmesi

Belirtildiği üzere, yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı haline gelmesi, kiracıyı korumak için getirilmiş bir düzenlemedir. Ancak, yine temas edil-

diği gibi, İİK.135/II hükmü, bu amacı önemli ölçüde zedelemektedir. Söz konusu hükümde, aynen şöyle denilmektedir: “Gayrimenkul borçlu tarafından veya hacizden evvelki bir tarihte yapıldığı resmi bir belge ile belgelenmiş bir akde dayanmayarak başkaları tarafından işgal edilmekte ise onbeş gün içinde tahliyesi için borçluya veya işgal edene bir tahliye emri tebliğ edilir. Bu müddet içinde tahliye edilmezse zorla çıkarılıp gayrimenkul alıcıya teslim olunur”. Bu ifadelerin içinde yer aldığı İİK 135 hükmünün ilk fıkrası da ihale üzerine yapılacak işlemleri belirtmektedir. Öte yandan, bu maddenin taşınmazların cebri açık artırmasına ilişkin olduğunu da söylemek gerekir.

Yukarıya metni alınan İİK. 135/II hükmü karşısında, cebri açık artırma yolu ile mülkiyeti kazanan yeni malik karşısında, elinde resmi nitelikte bir kira sözleşmesi bulunmayan kiracının durumu son derece olumsuzdur. Öyle ki, yeni malik, isterse hemen icra dairesine başvurarak bir tahliye emri düzenlettirip kiracıya tebliğ ettirebilecek ve kiracıyı tebliğden itibaren onbeş gün içinde tahliye mecburiyeti ile karşı karşıya bırakmış olabilecektir. Şu hale göre, böyle bir kiracı bakımından, ilgili taşınmazın ihalesiyle birlikte (İİK.134/I), kira sözleşmesinin de sona ereceği sonucuna varmak hiç de yanlış olmayacaktır. Zira, aksine bir fikrin benimsenmesi halinde, kiracının ihaleden itibaren mümkün olan en kısa zamanda (“onbeş gün içinde” denilmiş olmasından bu sonuca varılmalıdır) tahliye yoluna gitmesini istemenin izahı mümkün görülemeyecektir. Nitekim, kanunkoyucunun, bir sözleşme ilişkisinin ortadan kalkmasından sonra, şâyet bu ilişki sebebiyle sözleşme taraflarından biri bir mekânı kullanmakta ise, artık bu yeri en geç onbeş gün içinde tahliye etmesi düzenlemesini başka vesileler ile de hükme bağladığı görülebilmektedir. Meselâ,634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu’na 13.04.1983 tarih ve 2814 sayılı Kanunla ilâve edilen Ek mad. 2 hükmünde gördüğümüz hukuki manzara budur. Burada, kat malikleri kurulunca veya bu kurulca yetkili kılınan yönetici tarafından sözleşmeleri herhangi bir nedenle feshedilen veya sona eren kapıcı, kaloriferci, bahçıvan ve bekçiler ile dışarıdan atanan yöneticilerin kendilerine bu görevleri dolayısıyla tahsis edilen yerleri onbeş gün içinde boşaltmaları mecburiyeti getirilmektedir. Aksine davranış halinde, mahalli mülki amirin kararı ile ve hiçbir tebligat gerekmezsin bir hafta içinde ve zabıta marifetiyle tahliyenin sağlanacağı da bu hükümde belirtilmiştir. Şu halde, KMK. Ek 2 hükmünde, idari yoldan tahliyenin sağlanması düzenlemesi, ilgili

sürekli borç ilişkisinin son bulması olgusuna bağlanan bir sonuç olarak karşımıza çıkıyor. Kanunkoyucunun bu yaklaşımından hareketle, İİK.135 hükmü ile getirilmiş olan düzenleme için de yukarıda vardığımız sonuç isabetlidir. Burada da, kira sözleşmesi kanunen (İİK.135/II dolayısıyla) sona ermiş olacak ki, benzer tahliye sonucu ile karşı karşıya gelinmektedir.

Hal böyle olunca, yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı olacağını söyleyen BK.310/I hükmü, şâyet kira sözleşmesi resmi biçimde yapılmamışsa (İİK.135'in aradığı "resmi belge" şartından bu sonuç çıkmaktadır), devreden çıkacaktır. Buna karşılık, kira sözleşmesinin resmi biçimde yapılmış olması ihtimali için, BK.310/I hükmü geçerliliğini koruyacak, buna bağlanan sonuçlar da kendini gösterecektir. Bu sonuçları ele almak ise çalışmamızın sınırları dışında kalmaktadır.

Görüldüğü üzere, her ne kadar kira sözleşmesi, kural olarak, bir geçerlilik şekline bağlı değilse de, kira konusu taşınmazın mülkiyet hakkı cebri icra yolu ile el değiştirirse, alelade yazılı şekilde yapılmış bir kira sözleşmesi işe yaramayacak, kiracı, hemen (onbeş gün içinde) tahliye yaptırımını ile karşı karşıya kalacaktır. Bu hukuki durum sebebiyle ve kiralanan taşınmazın cebri icraya konu olması da her zaman muhtemel bulunduğu için, son tahlilde, kiracıların sözü edilen tahliye emrine muhatap olmaları riskini bertaraf etmenin tek yolu, kira sözleşmelerinin resmi biçimde yapılması olarak kendini göstermektedir. Demek oluyor ki, Borçlar Kanunu açısından kira sözleşmesinin geçerlilik şekline bağlı olmaması gerçeği, İİK.135 hükmü karşısında anlam ve önemini yitirmektedir.

Burada, İİK.135'teki "resmi belge" sözünün de ele alınıp değerlendirilmesi gerekiyor. Şöyle ki, bu ibare ile, acaba, noterce re'sen düzenleme mi kastedilmektedir; yoksa, imza onayı yeterli mi görülmüş olmaktadır? Kanun bu konuda açık olmasa da, "resmi belge" sözünün imza onayını da yeterli gören bir anlatım tarzı olmadığını söylemek zor değildir. Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanununun söz konusu düzenlemeyi getirmesindeki amaçtan hareket edilirse, imza onayı da yeterli görülebilecektir. Şöyle ki, bu düzenlemenin amacı, hacizden sonra ilgili taşınmazın eski tarihli bir kira sözleşmesiyle işgal ettirilmesini ve böylece cebri ihale ile mülkiyet kazanan yeni malikin mağdur edilmesini önlemek olduğuna göre, imza onayı ile yetinmenin yanlış olmayacağı söylenmek gerekmektedir. Çünkü, imzanın onaylandığı tarih de resmîyet kazanmış olacaktır. Öyleyse, İİK.135 dolayısıyla, kira sözleşmelerinin en azından imzası noterce onaylı

bir şekilde yapılması gereği, kiracılar için pratik bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatta, elektrik, su, telefon ve doğalgaz faturalarının da, bu bakımdan yeterli görülmesi gerekmektedir. Banka gibi kuruluşların verdikleri ve kira ödemelerini gösteren belgeler (dekont, makbuz v.s) dahi, İİK.135/II hükmü ile güdülen amaca hizmet edebilecektir. Gerçekten, bu gibi kuruluşların verdiği belgelerin kamusal güveni celbettiği orta yerdedir. Demek ki, anılan hükmün değiştirilmesi ve “topluma güven veren belgeler” ibaresinin “resmi belge” sözünün yerine geçmesinin sağlanması elzemdir.

Şunu da belirtelim ki, sadece İİK.135 sebebiyle değil, fakat mükellefiyetler listesine ancak tapu siciline kayıtlı veya “resmi senede müstenit” mükellefiyetlerin yazılacağını bildiren İİK.128/I hükmü dolayısıyla de, kira sözleşmelerinin resmi şekilde yapılmasına ilişkin pratik ihtiyacın varlığına şahit olmaktayız. Hatta, İİK.128/I hükmünde geçen “resmi senet” sözü, imza onayı ile yetinmenin mümkün olmadığı sonucuna da götürebilecek niteliktedir.

Nihayet, belirtmeliyiz ki, İİK135 hükmünde (ve İİK.128/I’de) ifade edilen şekil, geçerlilik şekli olarak kabul edilemeyecektir. Diğer bir deyişle, hiçbir şekle uyulmadan yapılan kira sözleşmeleri, kural olarak, geçerlidir. Ne var ki, İcra ve İflâs Kanunu’nun sözü edilen düzen tarzı sebebiyle, yukarıda açıklandığı üzere, konuya ilişkin şekil serbestliğinin pratik bir yararı olmayabilecektir. Zira, belirtildiği üzere, kira konusu taşınmazın cibrî icraya da konu olması ihtimali daima potansiyel bir risk olarak mevcuttur.

III-SONUÇ

Yapılan açıklamalardan anlaşılmıştır ki, İİK.135/II (ve İİK.128/I) hükümleri sebebiyle, yeni malikin kira sözleşmesinin tarafı olacağını bildiren BK.310/I hükmünün ve keza kira sözleşmesinin şekle (geçerlilik şekline) tâbi olmaması gerçeğinin pratik hayatta anlam ve önemini yitirebileceği söylenmelidir. Bize kalırsa, İİK.135/II ve İİK.128/I hükümleri değiştirilmeli, imzaları onaylı bir belge ve hatta yukarıda açıklandığı üzere “topluma güven veren belge” yeterli görülmelidir. Bu sâyede, kiracıların noter giderleri bakımından durumları daha avantajlı olacaktır. Ayrıca, bu değişikliğin İcra ve İflâs Kanunu ile hedeflenen amaç bakımından bir sakıncası da yoktur.

SİYASAL BÜTÜNLEŞME PROJELERİ VE “DIŞLAYICI SÖYLEM” (SAFLAŞTIRMA ARAYIŞI) GERİLİM HATTINDA AB VE TÜRKİYE ÖRNEĞİ¹

(ON TENSIONS BETWEEN PROJECTS OF POLITICAL UNIFICATION AND “EXCLUSIONIST DISCOURSES” (SEARCH FOR “PURIFICATION”) THE CASE OF EU AND TURKEY)

Prof. Dr. Deniz VARDAR*

ÖZET

Çoğulcu liberal demokrasileri bir araya getiren “AB bütünleşme projesi”nin “derinleşmesi” ve “genişlemesi” yönünde atılan adımlara karşı, “popülist radikal sağ”ın dışlayıcı “yeni ırkçı” formülü çerçevesinde toparlanan hareketler durmaktadır. Çoğulcu bütünleşme projeleri-dışlayıcı ideolojiler gerilimi incelenirken, dışlayıcı söylemin temellendiği birçok devrim malzemesini Türkiye’nin AB üyeliği hedefine karşıtlık temasıyla keşme noktasında buluruz. Türkiye karşıtlığı popülist radikal sağın popülerleşme arayışında “Avrupa’lı Avrupa” kurgusu (“Beyaz Avrupa”) çağrışımını güçlendirerek, aslında, çoğulcu bir bütünleşme projesi olan AB’yi kökten sarsma potansiyeli taşımaktadır. Sorunu Türkiye - AB ilişkilerine karşıtlıktan çok, AB de (ve Türkiye de) varolan çoğulculuk yanlısı aktörlerle, “dışlayıcı” saflaştırıcı projelerden yana aktörlerin çatışmasıyla, bütünleşme projesini nasıl sürdürebileceklerinde arıyoruz.

¹ Bu çalışma Marmara Üniversitesi - BAPKO’nun (M.Ü. Bilimsel Araştırma Projeleri Birimi) SOS-D-050614-0251 no’lu projesiyle desteklenmiştir.

* Marmara Üniversitesi Fransızca Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi ve Siyaset ve Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Başkanı, **e-posta:** denizvardardaniz@gmail.com

Anahtar Kelimeler: Siyasal bütünleşme, Avrupa Birliği, liberal demokrasi, çoğulculuk, dışlayıcılık, ırkçılıklar, aşırı sağ, popülist radikal sağ.

ABSTRACT

Against the “profundity” and “expansion” steps of the EU unification project, which unite pluralist liberal democracies, there are movements assembling around the “new racist” formula of the “radical populist right”. In order to study the tensions between pluralist unification projects and exclusionist ideologies, we analyze many of the mobilization targets funding the populist radical right’s opposition to Turkey’s EU membership objective. On the other side, in Europe, opposition to Turkey’s integration is often used to reinforce the populist radical right’s concept of “European Europe” construction (or “White Europe”). All those results have a potential of radical harm vis-à-vis EU’s pluralist unification project. We focus on the problem of how the unification project may be sustained, namely taking into account the existing struggle between pluralist and exclusionist actors, as well as “purification” tendencies at work both in the EU and in Turkey.

Keywords: *Political unification, European Union, liberal democracy, pluralism, exclusionism, racism, extreme right, populist radical right.*

Giriş

Avrupa Birliği (AB) “siyasal bütünleşme” kuramları ilk önceleri uluslararası ilişkiler alanında kaynaklarını almıştır. Bugün ise, AB’nin karmaşık yapısını izleyip çözümlenmeye odaklanan çalışmalarda, AB’nin yatay bütünleşme sürecinin vardığı aşamayı incelerken artık “bağımsız değişken” AB üyelerinin ulusal politikaları değil, AB politikaları olmaktadır (“Avrupalılaştırma”). Kapsayıcı bir kuram arayışı (fonksiyonalistler, neofonksiyonalistler, hükümetlerarasıcılar, konstrüktivistler), yerini tek bir kuram yerine birçok kuramın var olduğunu kabul edip, incelenen sorun/konuya uygun bir biçimde gerekirse tüm/birden çok, kuramdan yarar-

lanma arayışına bırakmaktadır.² Bu bağlamda, karşılaştırmalı siyaset biliminin kavrama ve açıklama kapasitesini geliştirmesinin sanatsal yaratıcılıkla ilişkilendirilme tartışmasının³ AB çalışmalarında çok gerekli olacağını söyleyebiliriz.

AB çalışmalarında gözleendiği gibi, çoğulcu liberal demokrasileri biraraya getiren “AB projesi”nin “derinleşmesi” ve “genişlemesi” AB’de siyaset aktörlerce bütünleşme sürecinin meşru aşamaları olarak desteklenerek ilerlemektedir. Bununla birlikte, AB’nin çoğulcu bütünleşme yönünde attığı adımlara karşı, siyaset sahnede yer alan aktörlerden “popülist radikal sağ”ın dışlayıcı imgeleminde, bu süreç, daha çok, Avrupa’yı yok edecek bir tehdit olarak sunulur. AB üyelerinde 1980’lerden beri yükselişe geçmiş olan “popülist radikal sağ” partiler ve dışlayıcı söylemin temellerini oluşturan “yeni ırkçı” formül çerçevesinde toparlanan hareketler, genişleyen bir karşıtlık alanı oluşturmaktadır. AB projesinin dışlayıcı ideolojilerle gerilimini ölçmenin tartışmasız tek bir yolu olmasa da, Türkiye’nin tam üyelik hedefi gündeme geldikçe bu gerilimin yoğunlaşmakta olduğunu gözleyebilmekteyiz. Gerçekten de çoğulcu bütünleşme projeleri-dışlayıcı ideolojiler gerilimi incelenirken, dışlayıcı söylemin temellendiği bir çok devinim malzemesini Türkiye’nin AB üyeliği hedefine karşıtlık temasıyla kesişme noktasında bulabilmekteyiz: İslam düşmanlığı (islamofobi), göç-göçmen sorununun güvenlikçi sunumu, ABD düşmanlığı (Türkiye’nin ABD’nin Tuva Atı olacağından kuşkulananlar), gibi vb.. Türkiye karşıtlığı

² Zaten karşılaştırmalı siyaset bilimi alanında da benzer arayışlar baskın çıkmaktadır. Wiarda’nın da kabul ettiği gibi, karşılaştırmalı çalışmaların bir hedefi de hala yeni bir kuram oluşturma arayışdır, ancak bunu beklemeden “kuram adacıları” arasında bağlantı kurmayı önerir. Karşılaştırmalı siyaset alanının gelişiminde “gelişimci”lik, korporatizm, bağımlılık kuramı, devlet-toplum ilişkileri araştırmaları, ekonomi politik, kamu politikası, yerel siyaset gelişme kuramları, siyaset kültür, akılcı seçim (Rational choice), yeni kurumsalcılık gibi kuramların çatışmaları belirleyici olmuştur. WIARDA, Howard J., “Toward the Future: Old and New Directions in Comparative Politics”, in WIARDA, Howard J., *New Directions in Comparative Politics*, (Third Ed.) Westview Press, 2002, USA, s. 211., s. 222-224.

³ “...açıklamacı vurgu nedensel bağlantıların mantığında yatar. (...) eski kuramın değerlendirmeye yöntemi sadece tahmin etme yeteneği idi ve bu insanın bilgisini neredeyse hiç arttırmadı. (...) bataklıkta yatarsanız sıtma olursunuz (...) Yeni kuram sivrisineğin bu hastalığa yol açan sıtma mikrobunu taşımadaki rolünü belirlemeye çabalamakta”. LANE, Ruth, *Karşılaştırmalı Siyaset Sanatı*, (*The Art of Comparative Politics* 1997- Çeviri: Zeynel Abidin Kılıç), Küre Yayınları, Siyaset Bilimi:1, İstanbul, 2011, s. 183.

popülist radikal sağın popülerleşme arayışında “Avrupa’lı Avrupa” kurgusu (“Beyaz Avrupa”) çağrışımını güçlendirerek, aslında, çoğulcu bir bütünleşme projesi olan AB’yi kökten sarsma potansiyeli taşımaktadır. Dolayısıyla, AB’nin çoğulcu yönelimini güçlendirmesinin dışlayıcı ideolojilerle başa çıkmasına bağlı olduğunu iddia edebiliriz.

Bir başka deyişle, “popülist radikal sağ” eğilimin dışlayıcı ideolojisi tarafından kolaylıkla ve açıkça “ötekileştirilen” Türkiye temasıyla çoğulcu bir bütünleşme projesi olarak “icat edilme” sürecini sürdüren AB’nin bas-kın anlayışı çelişkili bir konumdur. Burada örtülü ya da açık bir biçimde merkez sağ partilerin “Popülist radikal sağ”ın dışlayıcı formülü ile aralarına net bir mesafe koyamadıkları izlenimi vermeleri de bir sorun olarak görülebilir (bir biçimde Euro’nun krizi, daha genel anlamda ekonomik kriz, anti-terörizmin İslam ile savaşıma dönüşmesi gibi çeşitli etmenler). Ancak biz siyasal yelpazenin “aşırı sağ”ı ile “popülist radikal sağ”ın “siyasal proje”lerinde “dışlayıcılık” temasına odaklanacağız. En belirleyici üyelik kriteri sağlamlaşmış demokrasi olan AB ile Türkiye ilişkilerini düşünürken demokrasiye geçiş – demokrasinin sağlamlaşması (transition, consolidation) koşullarında, Türkiye’de de, çoğulculuk karşıtı “dışlayıcı söylem”le başa çıkılabilmesi gerekecektir, ancak Türkiye AB üyesi olmadığı için bu boyut da konumuzun dışında kalmaktadır. Modernleşmenin tamamlanmamış projesi AB ile karşıtlarının gerilimi sorununda Türkiye ile ilişkiler boyutuna yoğunlaşırken iletişim kurabilmek için saydamlaştırma, anlama ve çözümleme yollarını ararken kuşkusuz her çalışma gibi yeni tartışmalara yol açılacaktır⁴.

Burada AB ülkelerinde 20.yy’ın ilk yarısında demokrasi ve barış karşıtı “aşırı sağ”ların iktidara geçebilmiş olması ve AB’nin çoğulcu liberal demokrasilerin barış içinde yaşama garantisi olarak görülmesi bizi öncelikle çoğulculuk karşıtlığını değerlendirebileceğimiz tipoloji oluşturma yöntemine yönlendiriyor. “Aşırı sağ”ın ulus devlet karşıtlığı ve İkinci Dünya savaşı sonrası döneme uyum sağlayan “popülist radikal sağ”ın AB

⁴ Karşılaştırmalı siyaset alanı sürekli yenilenirken, 1950’lerden beri yapılan çalışmalar, alanı sinama fırsatı da sunmuştur. “Çok sayıda ülke karşılaştırmaları”, “az sayıda ülke karşılaştırmaları”, “tek ülke”nin bir kuramla karşılaştırılması gibi yöntemlerle alanın zayıf yönlerini aşma çabası sürmektedir. Çalışma yöntemleri ve konularının bir dökümü için bkz. LANDMAN, Todd, *Issues and Methods in Comparative Politics – An Introduction*, Routledge, London & New York, 2.ed. 2004 (1st. Ed. 2003); CARAMANI, Daniele, *Comparative Politics*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2011. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

karşıtlığının farklılıklarını sunacağız. Daha sonra, Türkiye'nin AB ile bütünleşme sürecinde adım attıkça “popülist radikal sağ”ın ciddileşen muhalefetinin anlamını bütünleşme projeleri ve dışlayıcı söylem (saflaştırma arayışı) gerilimi sorunsalı bağlamında inceleyeceğiz.

1. Aşırı sağ ve “Popülist radikal sağ”da çoğulculuk karşıtlığı

Toplumsal kutuplaşmalar, ırkçılıklar, etnik dışlama politikaları, ulusçuluk çeşitleri incelemeleri çok geniş bir literatür tarafından değişik kuramların sınama alanı olmuştur. Burada siyasal yelpazenin “klasik aşırı sağ” çizgisi ile “popülist radikal sağ” çizgisinin siyasal projelerinde saflaştırma stratejisi temelinde “dışlayıcılık” boyutunu karşılaştırabilmek için, siyasal eğitim tipolojilerini ilişkisel olarak tarihsel ve güncel bağlamı içinde irdeleyeceğiz. Aşırı sağ ve “popülist radikal sağ” aktörlerin “dışlayıcı”lıklarının çözümlenmesi, AB'nin çoğulcu bütünleşme projesine “popülist radikal sağ”ın karşı çıkışı ve Türkiye'yi dışlama çabasını anlamak için önemli bir ipucu olabilecek.

1.A. Aşırı sağ'ın “dışlayıcı”/ırkçı imgelemi

Siyasal yelpazenin aşırı sağ kanadına yerleştirdiğimiz siyasal projeler birbirlerinden farklı özellikler sergileseler de, “aşırı”lık özellikleri öncelikle “sistem dışı” (liberal demokrasi karşıtı) bir arayış içinde olmalarıyla ilişkilidir. Aşırı sağ çizgiyi “sistem dışı” “aşırı sol”dan ayıran belirgin özellik olaraksa aşırı sağın “eşitsizlikçilik”⁵ ve dolayısıyla dışlayıcı (ırkçılıklara varabilir) anlayışını sıralayabiliriz. Aşırı sağ'ın “sözcük savaşları”, “anlam” savaşımı, propaganda stratejileri çerçevesinde sunduğu alternatifte, farklı olanı yok ederek ulaşılabilecek toplumu “saflaştırma” projeleri, karşıtlarını blokları, düşmanlaştırarak siyasal, simgesel ve bazen de fiziksel şiddet seçimlerine varılır.

“Aşırı sağ” sınıflamasına kattığımız siyasal eğilimlerin⁶ saflaştırıcı “dışlama politikaları” “Aydınlanma” ve Fransız Devrimi karşıtlığıyla bes-

⁵ İnsanların doğuştan eşit oldukları (Sartre'in deyişiyle insanların bir "0"- sıfır olarak doğmaları), eşitsizlikleri toplumsal yapının ürettiği varsayımı, sol düşüncenin eşitliği yeniden kurabilme çabalarının temelindedir.

⁶ Fransa örneğinde kronolojik olarak Fransız devrimine karşıtı eski-rejim savunucuları monarşistler – Kralcılar, Boulanjistler, Faşist ligleri sıralayabiliriz. Daha sonra, İkinci Dünya savaşında Nazilerle işbirliği yapan ve Cumhuriyet rejimini sona erdiren Vichy hükümeti ile İkinci Dünya savaşı sonrasında patlayan püjadizm hareketini sayabiliriz. Bu
YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

lenen geniş bir kesişme alanını paylaşırlar ve muhafazakarlık, “muhafazakar devrim” kaynaklı entelektüel birikimi çeşitli biçimlerde kullanırlar.⁷ İlk göze çarpan özellikleri, liberal demokrasi karşıtlığı ve modern devletin sözleşmecî anlayışının reddidir. Modern devlet çerçevesinde icat edilmiş olan demokrasinin eşitlikçilik (tek tipleşme olarak gösterirler) arayışlarının sorumlusu olarak gördükleri akılcılık, evrenselcilik ve liberal sözleşmeyle desteklenen bireyin özerkleşme hedefine ve çoğulculuğa karşıdırlar. Siyasal devrim malzemesi olarak kullanılan bu karşıtlıklardan üretilen dışlayıcı, saflaştırılmış, cemaatleştirilmiş “organik” toplum imgelemidir. Hiyerarşiye dayalı, değişime kapalı bir biçimde belirlenmiş ırksal, etnik ya da dini bir “cemaat” olarak kurgulanan bu organik toplumun karşıtı ise, tam da insanlar arası ilişkilerin (aileler ya da gruplar arası değil) ve bireyin özgürlüğünün yasalarla belirleneceği sözleşmecî imgelemidir. Aşırı sağ’ın “bir başka modernleşme” arayışlarında, birey kategorisinin reddi ve organik toplumun “kültürü”nün insanın esasını oluşturduğu iddiasıyla karşılaşırız. Aynı çerçevede akılcılık karşıtlığına yakından bakarsak, değiştirilemezlik anlamını yükledikleri “tarihselcilik” ve organizmacı hiyerarşik toplum yapısına dayalı milliyetçiliğin, kültürel ve etnik belirlenmişlik iddiasını desteklediğini görürüz. Bu özelliklerden yabancı düşmanlığı ve ırkçılığa geçiş, herşeyin temelini duygular ve sezgilere bırakan aşırı sağ çizgi için oldukça kolay olur. Bir başka deyişle, evrensel değer diye birşey yoksa kültürlerin de birbirini anlayamayacak olmaları, insanın seçme sansını elinden alacaktır. Dolayısıyla artık evrensel “İnsan Hakları”ndan söz edilemeyecektir. Özgüllük (particularisme) yüceltimi ile eklemlenen muhafazakar dünya görüşünün insana olan güvensizliği, kötümserlik (insan kötüdür, otoriter bir iktidar kötülüğü engelleyebilir) insanın kendisini idare edemeyeceği iddiası değişik biçimlerde tüm aşırı sağlarca kullanılır. Eşitsizlikleri doğallaştırma eğilimi de, eşitsizlikleri pekiştirecek hiyerarşiye

hareketlerin belirleyici özelliklerinden cumhuriyet ve demokrasi karşıtlığından farklı olarak, sistem içinde yer alma iddiasındaki Ulusal Cephe’yi de aynı sınıflamaya katma eğilimi yaygındır. VARDAR, Deniz, *Aşırı sağdan "popülist radikal sağ"a – Fransa Örneği*, Bağlam Yayınları, İnceleme-Araştırma dizisi no: 149, İstanbul, 2004.

⁷ Z. Sternhell’in geniş ve sistemli bir çalışmayla sunduğu aydınlanma–karşıtlığı araştırmasında modernleşmenin anti-tezini düşünsel kaynak örnekleriyle izleyebiliriz : Burke, Taine, Carlyle, Croce, de Maistre, Maurras, Barrès, Spengler, Vico, Herder, vb. STERNHELL, Zeev, *Les anti-Lumières – Une tradition du XVIIe siècle à la guerre froide*, Galimard, coll.Folio Histoire, Paris, 2010.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

boyun eğecek bir kültüre dönüşün doğal durum olarak yüceltilmesine varır.

Aşırı sağ'ların tipolojik özelliklerinin bir başka vazgeçilmezi, yukarıda sıraladığımız özelliklerle kesişen “çöküş” (dekadans - décadence) söylemidir. Örneğin akılcılık, demokrasi, eşitlik arayışındaki (hukuksal ve siyasal) modernleşmenin batıyı çökerteceği iddiası ve bu durumla başa çıkmanın “öz”e dönüşle olabileceği iddiası gibi. Çöküşten kurtulmak için mitlerle desteklenmiş bir “Altın çağ”a geri dönüş önerisi, aynı zamanda sistem karşıtı radikal değişiklik beklentisidir. Avrupa’da aşırı sağın İkinci Dünya savaşının sonuna dek belirleyici özelliklerinden olan klasik Irkçılık ve Yahudi düşmanı söylem, 19yy. sonlarında hızla modernleşen-endüstrileşen ülkelerdeki sorunlara karşı tepkisel öze dönüş cevapları olarak görülmüştür. “Çöküş” söylemi milletin yok olma tehlikesinden üretilmiş korkularla Faşizmin “üçüncü yol” (liberalizme ve marksizme karşı) arayışında, modernleşme korkusu ve “içe kapanma” politikalarıyla pekişen materyalist olmayacak, organik, “kabile” milliyetçiliğine varmıştır.

Anti-modernizm anti-liberalizm, anti-kapitalizm, anti-komünizm, antisemitizm (Yahudi düşmanlığı), biyolojik ırkçılıklar birbirlerinden farklı biçim ve dozlarda kullanılmış olsalar da, aşırı sağ'ı iktidara geçiren, siyasal devrim malzemeleri arasında sıralanabilirler (Avrupa’da Faşist İtalya, Nazizmin Almanya’sı, Vichy Fransa’sı vb. örnekleri). 19yy. sonlarının modern ideolojilerinden ırkçılık, özellikle de “Yahudi dini düşmanlığının” “Yahudi düşmanlığı” ideolojisine dönüşümü Nazizm’de ön plandadır. Nazizm iktidarı totaliter rejim deneyiminde, 1 fiziksel ve simgesel şiddet kanallarını sistemli bir biçimde kullanmıştır. İktidarı ele geçiren aşırı sağlar da, iktidara geçemeyip muhalefette kalmış olanlar da, ulus-devlet sınırlarını reddederler ve imgelemlerindeki “Altın çağ”daki organik topluluğu kapsayacak biçimde sınırların genişletilmesini (irredentizm) meşrulaştırma çabasına girerler (İkinci Dünya savaşı deneyimi). Ulus devlet yurttaşlık sözleşmesinin reddinden (“sistemli dışlama” politikaları), bugün insanlık suçu olarak sınıflandırılan ırkçı dışlama projesi “toplama kampları”, “Yahudi soykırımı”na varabilmiştir. Irkçı politikalar ve savaş deneyimi, savaş sonrasında klasik aşırı sağların meşruiyetlerini yitirmeleriyle sonuçlanmıştır. Bugün AB düzleminde klasik ırkçılığın her türünün suç kategorisine girmesiyle çoğulcu liberal demokrasiyi yok etmeyi tepkisel bir biçimde

kurgulayan aşırı sağın siyasal aktörlerinin popülerleşme şansları da zayıflamıştır.

1.B. Popülist radikal sağın dışlayıcı “yeni ırkçılığı”na dönüşüm

Aşırı sağ ile popülist radikal sağ tipolojilerini kurgularken ayrıştırıcı etmenin siyasal bağlamla ilişkili olduğu görülür. Tarihsel, siyasal dinamiklerle bağlantılı olarak “popülist radikal sağ”ın “klasik aşırı sağ”ların siyasal deneyimlerinden yola çıkarak (Nazilerin savaş suçlusu olarak yargılanıp marjinalleşmeleri) nasıl dönüşüm geçirdiklerini anlayabiliriz. İkinci Dünya savaşı sonrasında liberal (muhafazakar tınıları artmış da olsa) çok partili liberal demokrasi egemen (hegemonik) konumdadır. Dolayısıyla İkinci Dünya savaşı sonrasında düşünsel ikliminde, özellikle de 70’lerden başlayarak ortaya çıkan popülist radikal sağ, yok olmakta olan klasik aşırı sağ formülünden uzaklaşarak varolabilme arayışlarına girmiş siyasal aktörlerdi.⁸ Siyasal başarı edinmenin yolu olarak sisteme uyarlanma stratejisi popülerleşme arayışındaki “popülist radikal sağ”ın yükselişinde etkili olmuştur.⁹ Sistem içi bir söylemle eklemleme çabasına rağmen kullandıkları “dışlayıcı” formül aşırı sağ’ın “aydınlanma–karşıtlığı”nın geniş kültürel birikiminden kaynaklanmalarına engel olmamıştır. II. Dünya Savaşı sonrasında baskın liberal/sosyal söylemini sorgulayan bu oluşumlar yine de, başarıya ulaşmanın klasik faşizm söyleminden uzaklaşarak merkeze doğru kaymaktan geçtiğini keşfederek hoşnutsuz kitleleri çekebilecek “kazanılan formül”ü yakalama çabasıyla¹⁰ aşırı sağ’ın demokrasi karşıtı söylemini doğrudan

⁸ Siyaset bilim alanında adlandırma konusunda birbirinden farklı görüş ve öneriler bulunsa da, burada faşist partilerden farklı bir yapılanma ve söylemin varlığı konusunda görüş birliği bulunmaktadır.

⁹ Fransa’da bu siyasal çizginin kullandığı temaların dinamik bir biçimde siyasal konjoktüre uyarlanmasıyla, Ulusal Cephe Partisi’nin, neredeyse partiyle özdeşleşmiş lideri Jean-Marie Le Pen’in kızı, partinin yeni lideri Marine Le Pen de Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ilk turunda (22 Nisan 2012) bir seçim başarısı elde etmiştir. Marine Le Pen Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ikinci turuna kalamamış olsa da (6 Mayıs 2012), merkez sağın adayı Nicolas Sarkozy’yi desteklemeyi reddetmiş olup Sarkozy’nin seçimleri kaybetmesinde etkili olduğu izlenimini yaratabilmiştir. Açıkladığı iddialı hedefse, önümüzdeki seçimlerde Cumhurbaşkanı olmaktır (Fransa’nın siyasal sistemi Yarı Başkanlıktır).

¹⁰ Son dönemlerde yapılmış çalışmalardan bazı örnekler için bkz: ART, David, *Inside The Radical Right – The Development of Anti-Immigrant Parties in Western Europe*, Cambridge University Press, New York, 2011; GIBLIN, Béatrice, “Extrême droite en Europe: une analyse géopolitique”, HERODOTE, 1er trimestre, No: 144, 2012, s. 3-17 ; REYNIE, YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

kullanmayı sistemin sınırına yerleşmişlerdir. Savunduklarının yine “cemaatçi”, organik demokrasi olması, bu tür partilerin başarısında liberal demokrasinin özgürlükler konusundaki birey temelli kazanımlarını sarsma potansiyeli bulunmaktadır. Etnik, dini farklılıkların çoğulculuk temelli değil mutlaklaştırılmış türünü savunmaları (saflaştırma stratejilerine uya- cak biçimde), güvenlikçi önlemlerin yüceltimi, idam cezasına dönüş talebi, cinsel tercihlere ilişkin farklılıklara tepki göstermeleri, kürtaj karşıtlığı, boşanma karşıtlığı vb. gibi bireyin özgürlük alanını sınırlayıcı öneriler popülist radikal sağ partilerde değişik miktarlarda ve değişik vurgularla bulunmaktadır. Ayrıca Merkez sağın yeni-muhafazakarlığı ile popülist radikal sağ bir çok ortak nokta yakalayabilmektedirler ve popülerleşme fırsatı olarak görülen dışlayıcı formüllerle çoğulcu bütünleşme projeleri arasındaki gerilim zaman zaman daha çok hissedilmektedir.

Klasik aşırı sağın ulus devlet formülüne karşı geliştirdiği ırkçı- cemaatçi tepki de, popülist radikal sağda bir dönüşüm geçirerek “yeni ırk- çılık” çerçevesinde AB’nin çoğulculuğunu bir tehlike olarak sunan ve al- ternatif olarak etnikleştirilmiş organik ulus devlet kurgusuna dayanır. “Po- pülist radikal sağ”, “aşırı sağ”ın “dışlayıcı” formülünün temel düşünsel kaynaklarından yararlanarak, örtülü (ırkçılık suçu unsuru taşımayacak bir biçime bürünmüş) “Yahudi düşmanlığı” ve giderek artan bir oranda “İslam düşmanlığı” (islamofobi) üzerinden dışlayıcı söylemlerini temellendirmek- tidir. Buradaki saflaştırma projesinin ırk temelinde değil kültür temelinde olduğunu vurgulamamız gerekir. Böylece, İkinci Dünya savaşı sonrasında demokrasi savaşımı sloganı sayılabilecek “farklılık hakkı”nı, “farklı kalma zorunluluğu”na dönüştürerek, aslında, organik demokrasi hedeflerinin öz- selleştirici kimlik kategorisini sunar. Suç kategorisine girmeyen “otantik- lik” arayışıyla “yeni ırkçılık” klasik ırkçılığın hiyerarşi kurgusuna dayalı üstünlük tezlerinden, kültürlerin farklılıkları ve saflıklarını koruyabilmek için kendi ülkelerine ve geleneklerine dönmeleri önerisiyle hukuk alanının kör noktasını yakalamaktadır. Aynı şekilde İslam karşıtlığının (İslamofobi) laiklik ve demokrasi savunusu kisvesine büründürülmesi (İslam’la terö-

Dominique, *Les droites en Europe*, PUF, coll. L’innovation politique, Paris, 2012. Aşırı sağ, ya da popülist radikal sağ literatüründe hem toplumsal yapılarla bağlantılı çözümler, hem de aktör temelli (agency) (etkili lider, elitler vb.) çözümlerden, son dö- nemlerde toplumsal siyasal yapılarla, aktör temelli etkileşimi bir arada inceleme çabasına gelinmiştir.

rizm arasında koşutluk kurma çabası) ve Müslümanlardan arındırılmış “Avrupa’lı Avrupa” (“Beyaz Avrupa”) metaforunun sloganlaştırılması gibi. Dolayısıyla, söz konusu olan, çoğunluğu Müslüman olan bir ülkeyi (Türkiye) ve Avrupa’da yaşayan Müslümanları, potansiyel uyum sorunları nedeniyle bir an önce Avrupa’yı terk etmeye çağırırken, bunun ırkçı bir öneri olmadığını iddia etme çabasıdır.¹¹ Liberal demokrasiyle bu sorunlu ilişkileri çerçevesinde AB imgelemleri de saflaştırılabilecek bir organik demokrasi olarak belirlemektedir.

2. AB’yle Türkiye’nin bütünleşme sorunları

AB’ye karşı net bir karşıtlık konumunun sorumluluğunu da almayan popülist radikal sağ parti ve hareketlerin AB’nin “kimlik kökeni” ne ilişkin kapalı formülü ön plana çıkarırken AB ve Türkiye’nin bütünleşme sürecini engellemeyi hedefleri arasına katmış olmalarını önce AB projesinin çoğulcu özelliklerini dışlayıcı projelerle gerilimi çerçevesinde irdeleyip sonra, Türkiye’nin AB ile bütünleşme projesi söz konusu olduğunda “kapalı kimlik”li dışlayıcı Avrupa imgelemi ile ideolojik/siyasi hedeflerin çelişkilerini inceleyeceğiz.

2.A. AB’nin dışlayıcı “yeni ırkçılık”la gerilimi

AB, Habermas’ın deyişiyle bitmemiş modernleşme projesinin mirasçısı olarak savaş sonrasında yaratılmak istenen “yeni” Avrupa projelerinden en ileri gitmiş olanıdır. Bir anlamda AB’nin temelinde Nazizmin yaşattığı kötü deneyimi unutmayan ve “ilerleme”nin otomatik olmayabileceğini¹² düşünen Avrupalılar varsa, AB projesini de modernleşme-demokratikleşme sürecinde üstlenilmiş bir sorumluluk olarak görebiliriz. AB’nin yavaş da olsa ilerleyen ulus-üstü bütünleşme projesine karşı çıkanlar ise, tam da Avrupa’nın kötü günlerini anımsatan, yukarıda tipolojik özelliklerini sunduğumuz, dışlayıcı “saflaştırma” ideolojilerinin organik

¹¹ Avrupa Parlamento’su 2014 seçimlerinde “popülist radikal sağ” eğilimli parlamenterler siyasal grup kuramamıştır (en az 25 parlamenter, en az 7 AB üyesi ülkeden) Yunanistan’ın neo-nazi Altın Şafak partisiyle aynı grupta olmak istemeyenler vb. nedeniyle Yazılamayanlar (Non Inscrit) olarak etkinliklerini sürdürmektedirler. Grup içindeki en geniş katılım, yeni ırkçı bir yaklaşımla göçle mücadele, geleneksel değerlerin korunması, Avrupa kimliği ve kültürünün korunması, globalleşmenin yıkıcı etkileriyle mücadele ilkeleri etrafında birleşmiş “Avrupa Milliyetçi hareketler Birliği”ndir.

¹² Bkz. P.-A. TAGUIEFF, *L’effacement de l’avenir*, s. 476 - 478 .
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

bütünleşme projelerini savunan aktörlerdir. "Demokrasi – kimlik" gerilimi AB'nin ilk aşamalarında neo-fonksiyonalistlerin¹³ iddialarından esinlenerek, ekonomik bütünleşme adımlarıyla aşılmaya çalışılmıştır.¹⁴ Malların, hizmetlerin, sermayenin ve kişilerin serbest dolaşımını sağlayacak bir alan olarak düşünülen AB derinleşirken, demokrasi ilkeleri etrafında bir araya gelmiş üye devletlerin, adım adım "icat" ettiği "hayali bir topluluk" olarak varlığını sürdürmektedir.¹⁵ Daha doğru bir deyişle, AB, birinden farklı "hayali toplulukların", yani ulus devletlerin ulus-üstü mekanizmalarla dönüşümleriyle, ulusçulukların bu dönüşümü yavaşlatma eğilimlerinin bir tür denklemi gibidir¹⁶. Ulus-devlet düzleminde icat edilmiş liberal demokrasi-nin kurumlarını AB'de bulamayıp "demokrasi açığı"ndan söz etsek de, demokratik katılım yollarının oldukça gelişmiş "by pass" mekanizmalarıyla¹⁷ tamamlandığını ve krizlerden bir şekilde çıkılabildiğini de gözleyebiliriz. AB'nin derinleşme ve genişleme adımları, üyesi ulus-devletlerin onayı ile, hatta gerektiğinde bizzat ulus-devletlerin demokratik yapılarının katkısıyla gerçekleştirilir.

Bildiğimiz anlamda bir devleti ve ulusu olmayan AB'nin bir tür "yurttaş sonrası" "insan"ın "ulus sonrası" yapısının yaratılışında en belir-

¹³ Örneğin Ernst B. HAAS, *The Uniting of Europe - Political Social and Economical Forces – 1950-1957*, 1958 ; ayrıca AB'ye ilişkin kuramların eleştirel bir sunumu için bkz. SAURUGGER, Sabine, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Presses de Sciences PO, Paris, 2009.

¹⁴ AB'de krizlerin kökeninde çoğunlukla "gevşek bir konfederasyon modeli" isteyen güçlerle "Avrupa Birleşik devletlerine gidebilecek bir federasyon modeli"ni savunan güçlerin çatışmasını görüyoruz. Ayrıca, AB içinde ağırlık kurma arayışında olan üye devletlerin sürdürmeleri de söz konusu olabilmektedir. "Hükümetler-arası federasyon" tezi için bkz. Jean-Louis QUERMONNE, *Le système politique de l'Union européenne*, 1998.

¹⁵ Benedict ANDERSON'un hayali topluluk oluşturma süreci için bkz. *Hayali Cemaatler – Milliyetçiliğin kökenleri ve yayılması*. AB'nin, sömürgecilik sonrası dönemin en büyük ve en önemli "hayali cemaat"ı olduğu iddiası için de bkz. Chris SHORE, *Building Europe – The Cultural Politics of European Integration*, s. 30.

¹⁶ Ulusal tarihlerin, mitolojilerini, dillerin sınırları koruma yönelimlerini terk etmedikleri sorunu ve AB kurumlarının "demokrasi açığı" konusunun bir tartışma konusu olarak kaldığını unutmamalıyım. "Demokrasi açığı" çeşitli parçalara ayırıştırarak anlayabiliriz: "Siyasal açık" boyutu, "Meşruiyet açığı" boyutu, "Sivik açık" boyutu için bkz.. Elvire, FABRY, *Qui a peur de la citoyenneté européenne ? La démocratie à l'heure de la Constitution*, s. 25-29.

¹⁷ Karar alma süreçlerinin görünen "karar alıcı kurumsal üçgeninin" dışında yönetim mekanizmaları, "demokrasi açığı"nın bazı yönlerini kapatabilmektedirler - kararların olgunlaşma süreçleri gibi. Henri OBERDORF, *L'Union européenne*, 2004.

gin özelliği kültürel çoğulculuğun güvencesi “çeşitlilik içinde bütünlük” sloganıyla yansıtılır. “AB'nin çoğul kimliği”, ortak ilkeler ve AB kurumlarıyla, farklı kültürlerin bir arada yaşamasının koşullarını hazırlama hedefinde saklıdır. Varolan kaygan, dinamik oluşumunu sürdüren açık kimlik kurgusunun siyasal bütünlüşme derinleştikçe daha bir önem kazanmakta olduğunu söyleyebiliriz. AB’de kültürel çoğulculuğa alt yapı hazırlayan çabaların, Habermas'ın biraz da idealleştirerek sunduğu, liberal demokrasi içinde soyut “anayasal yurttaşlık” kategorisini çağrıştırdığını düşünebiliriz.¹⁸ Ulus-devletin hiç bir zaman gerçekleştiremediği (etniklik ve dinsellik konusunda tam olarak nötr olamama sorunu) sözleşme hedefinin AB düzleminde gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği tartışılan konulardandır. Ancak bugün AB’deki baskın anlayış, özgürlükçü eşitlikçilikçi insan hakları savunucusu hukuk devleti çerçevesinde "sözleşmecî" kimlik bağlantılarında aranabilir. Örneğin bir arada yaşama arayışının “kahramanlık öyküleriyle” saldırganlaştırılmamış bir duygu alanı yaratma çabası, AB’nin yönelimini keşfetmemizi sağlayacak bir ipucu olarak vurgulanabilir. Bu koşullarda AB’nin “kimlik formülü”nün geçmişten gelen kapalı bir “ortak köken” yönünde değil, çoğul sosyal tarihi birikimleriyle birlikte yaşama isteğinde bulabiliriz.

Bu anlayış tam da “iki Avrupa”¹⁹ çatışmasındaki “birinci Avrupa”nın alanında bulunduğumuzu düşündürür. Popülist radikal sağın Avrupa karşıtlığını bu bağlamda “ikinci Avrupa”nın alanına yerleştirmemiz gerekir. Özcü (ırk ya da kültür/din temelli) kimlik arayışları ile kendisini sınırlandıran içe dönük bir Avrupa, AB'nin bugün varolan yönelimiyle çelişmektedir. Popülist radikal sağın ulus-devleti yeni ırkçılık tipolojisinin özelliklerini yansıtan bir biçimde kültürel saflaşma arayışıyla etnikleştirerek kurgulayan kimlik imgelemi seçim taktiği açısından merkez sağın aşırı sağda benzer çağrışımlar yaratabilecek savlar ileri sürülmesiyle sonuçlansa

¹⁸ Jürgen HABERMAS, “Citizenship and national identity: some reflexions on the future of Europe”, *Praxis International*, no:1, 1st April 1992, s. 1-19 ; HABERMAS, Jürgen, *Après l’Etat-nation – une constellation politique*, 1998; HABERMAS, Jürgen, *The Crisis of The European Union – A Response*, Polity Press, 2012.

¹⁹ Buradaki benzetme, Fransa’da Dreyfus olayı çerçevesinde yaşanmış bir kutuplaşmaya gönderme yapar. Anti-militarist, Cumhuriyetçi, sözleşme milliyetçisi sol “Birinci Fransa” ile Yahudi-düşmanı, Monarşist sağ “İkinci Fransa” olarak sınıflandırılır. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

da²⁰ AB'nin çoğulcu bütünleşme projesini derinleştirme ve genişletme yönelimlerinde popülist radikal sağ ile aralarında varolan önemli farklar sürmektedir. Popülist radikal sağ da, merkez sağ seçmeni hedeflerken, dikkatleri AB'nin kurumsal sorunlarına (halkların dışladığı iddiası-teknokratların AB'si vb.) çekmeyi tercih etmektedir, ya da, Türkiye'nin üyeliğine karşıtlık konusunda AB'nin sınırı tartışmasına katılarak “Türkiye'nin üyeliği ile AB'nin sulandırılma”sı savlarını vurgulayarak merkez sağın temalarını da kullanmayı denemektedir. Yine de, popülist radikal sağ, merkez sağdan farklı olarak, nostaljik Avrupa çağrışımlı dışlayıcı kimlik formülünü savunarak AB'nin dinamik ve açık kimlik anlayışı ile açık bir biçimde çelişkiye düşmektedir.

2.B. Türkiye'nin AB'yle bütünleşme süreci – dışlayıcı formül sorunu

Türkiye'nin AB'ye (CEE) tam üyelik konusu, ortak üyelik başvurusu ile başlayıp (1959) günümüze dek kesintili bir biçimde olsa da gündemdeki yerini korumuştur. İç ve dış etmenler ne olursa olsun AB ile bütünleşme hedefi tüm hükümetlerin resmi politikası olmuştur.²¹ Bugün de, Türkiye'nin tam üyelik görüşmeleri “müzakereler” çerçevesinde (2005) kesintilerle sürmektedir, ancak bu sürecin otomatik bir tam üyelik anlamına gelemeyeceği AB yetkililerince sıklıkla anımsatılmaktadır. İlkece Türkiye'nin AB ile bütünleşme sürecini “Demokrasiye geçiş demokrasinin sağ-

²⁰ Fransa'da V. Giscard d'Estaing'den beri süregelen ve özellikle “Anayasa projesi”nin Referandumu kampanyalarında sıkça dile getirilen, Cumhurbaşkanlığı seçimlerinde merkez sağın iki adayınca (F. Bayrou, N. Sarkozy), ya da Almanya'da merkez sağ politikacı A. Merkel'in AB'nin sınırlarının Türkiye'yi kapsamamasına çeşitli gerekçeler üretmeleri gibi.

²¹ Türkiye'nin Avrupa Birliği ile ilişkileri 1959 yılında yaptığı ortaklık başvurusu ve 1963'de imzalanıp 1964'de yürürlüğe giren Ortaklık antlaşması (Ankara antlaşması) ile başlar. Ortaklık antlaşmasının, 70'li yılların sonlarında, dondurulması -ortaklık antlaşmasının getirdiği bazı yükümlülüklerin askıya alınması ile aksamışsa da, AB ile ilişkilerin AB tarafından askıya alınması üçüncü askeri darbe döneminin ardından 1983'den demokrasiye geçiş sürecinin yetersiz kabul edilmesiyle olmuştur. Daha sonraki dönemde Türkiye-AB ilişkileri, Türkiye'nin demokratikleşme girişimleri ile koşut biçimde hem Ortaklık antlaşmasının yeniden işletilmesi hem de tam üyelik başvurusu ile gelişmiştir (1987). Türkiye'nin tam üye olabilecek koşullara uymadığını bildiren AB Komisyonu'nun Türkiye'nin üyelik hakkını alabilmesi için aşması gereken engelleri sıralayan raporlarında sunulmaktadır.

lamlaşması”²² süreci ile koşut bir biçimde inceleyebilmemiz beklenir. Çoğulcu liberal demokrasilerin “demokrasiye geçiş ve demokrasinin sağlamlaşması” süreçlerine ilişkin geliştirilmiş kuramlar²³ demokrasiyi teleolojik bir biçimde, yani zorunlu olarak ulaşılabilecek bir hedef olarak sundukları için sıklıkla eleştirilmişlerdir²⁴. Ama, çoğulcu liberal demokrasi ilkeleri çerçevesinde oluşumunu sürdüren AB ile bütünleşme hedefinin Türkiye’nin siyasal tercihi olması, bu kuramsal eleştirilerin dışında kaldığımızı gösterir. Dolayısıyla, AB'nin kriterleri çerçevesinde, özellikle AB’nin teknokratlarınca hazırlanmış İlerleme Raporlarında da gördüğümüz gibi, Türkiye'nin demokrasisi bir tür sınavdan geçmektedir. Bu çerçevede Türkiye’nin demokrasisini sağlamlaştırmasının, AB ile bütünleşmesi konusundaki engelleri kaldıracağını bekleyebiliriz. Bununla birlikte, yukarıda izlemiş olduğumuz gibi, popülist radikal sağ açısından, (özelci-yeni ırkçı anlayışın uzantısı olarak) Türkiye Avrupalı bir ülke olmadığı için AB’de yer almamalıdır.

Türkiye açısından ise AB konusu, uzun bir süre, siyasal merkezin batılılaşma projesinin doğal bir uzantısı olarak görülmüştü²⁵. Siyaset bilimi

²² Otoriter ve totaliter rejim tipolojileri için bkz. LINZ, Juan J., *Régimes totalitaires et autoritaires*, Arman Colin, Paris, (Traduction française M.-S. Darviche, W. Genieys et G. Hermet) 2006, 407 p.

²³ Latin Amerika, Güney Avrupa ve eski Doğu bloku ülkelerinin demokratikleşme ve demokrasilerini sağlamlaştırma süreçleri Türkiye araştırmalarında değerli bir karşılaştırma olanağıdır. Bkz. Guillermo O’DONNELL, Philippe C. SCHMITTER and Laurence WHITEHEAD (Ed.), *Transition from Authoritarian Rule: Prospects for Democracy*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1986; Michael McFAUL, « The Fourth Wave of Democracy and Dictatorship—Non cooperative Transition in the Post Communist World », *World Politics*, n° 54, January 2002, s. 212-244; SHARMAN, J.C., KANET, R.E., « International Influences on Democratization in Post Communist Europe », in Hollifield, J.F., Jilson, C., (dir.), *Pathways to Democracy: The Political Economy of Democratic Transition*, New York, London, Routledge, 2000, s. 226-241.

²⁴ Sistemli ve kapsamlı eleştirileri için bk. DOBRY Michel, "Les causalités de l'improbable et du probable: notes à propos des manifestations de 1989 en Europe centrale et orientale", *Cultures & Conflit*, no: 17 Printemps 1995, pp. 111-136; DOBRY Michel, "Les transitions démocratiques: regards sur l'Etat de la "Transitologie"", *Revue française de science politique*, vol 50, no: 4-5, août-octobre 2000, s. 579-583; DOBRY, Michel, « Les voies incertaines de la transitologie: choix stratégiques, séquences historique, bifurcations et processus de "path dependance" », *Revue française de science politique*, vol 50, no: 4-5, août-octobre 2000, s. 585-614.

²⁵ Bugün ise artık AB "Kuzey"de yer almak anlamına gelmektedir. AB otoriter rejimlere ve totaliter rejimlere karşı liberal demokrasinin simgesi olmuştur (İspanya, Portekiz ve YÜHFD *Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

çalışmalarında Türkiye'nin modernleşme sürecine Merkez – Çevre (centre-périphérie) paradigması ve “ithal devlet” modeli üzerinden bakanlarca²⁶ AB hedefinin çevreden kopuk olduğu iddia edilmişti. “İthal devlet” modeli ise, “organ nakli” metaforu ile toplumsal dinamiklerin demokrasiyi dışlama olasılığının yüksek olacağı çıkarsamasını yapmıştı. Bu durumda, Türk hükümetlerinin AB hedefine karşı çevreden gelebilecek olası tepkilerin siyasal merkezin otoriterleşme eğilimini güçlendireceği ileri sürülmüştü. Ordunun siyasal alanda bir aktör gibi davranmasının AB’de (liberal demokrasilerde) kabul edilemeyeceği, aynı zamanda İslam’ın muhafazakar anti-sistem (dışlayıcı söylemi benimseyen) kanadıyla özdeşleştirilen türünün de, askerler çekilir çekilmez “Batı”dan uzaklaşacakları iddia edilmişti. Oysa 1980’lerden sonra aşamalı bir biçimde yeniden demokrasi’ye geçiş ve “merkez”le “çevre”nin içiçe geçmesi süreci kültüralist yaklaşımın Türkiye örneğinde yetersizliklerini düşündürür²⁷. İslam temasını yoğun bir biçimde kullanan AKP hükümetinin (2002-2015) AB hedefini benimsemesi ve ilk iktidar döneminde merkez sağa yerleşerek AB ile bütünleşme konusunda bir çok adım atması, bu tür değerlendirmelerde etkili olmuştur. Yine de, 2007 sonrasında AKP hükümetinin AB ile bütünleşme çabasının hızının kesilmesi ve iktidarda otoriterleşme yönelimlerinin gözlenmesi,

Yunanistan’ın otoriter askeri rejimleri geride bırakması, eski Doğu Avrupa’nın da totaliter rejimlerden çıkışı).

²⁶ Kültüralist bir yaklaşımla E. Shils’e göre, "ideal siyasal uyum" merkez ve çevre ayrımının çatışmasız bir biçimde gelişmesidir. Bunun da yolu sistemin merkezinin çevrenin "inançlar ve değerler"ine karşı değil, tam da o değerlerden türemesidir. Merkez-çevre paradigmasının Türkiye’ye uyarlayan Ş. Mardin siyasal merkezin kurumsal yapısını elit içi çatışma alanı olarak sunar. Çevrede "kültür", geleneksel değerler (İslami direnişler gibi), merkezde ise Devletin batılı ütopya imgelemi çözümsüz bir karşıtlıktır. "İthal edilmiş devlet"lerin liberal demokrasi üretemeyeceği iddiası da benzer çıkarsamalara varır. İthal edilmiş Devlet ve bu ithali gerçekleştiren seçkinlerin karşılarında toplumsal direniş odaklarını, çevre elitlerinin cemaat tipi direnişini bulmaları gibi.

²⁷ Merkez çevre modelini eleştiren yaklaşım, kurumlarla (merkez) geleneğin (çevre) içiçe geçişine dikkat çeker ve yeni toplumsal muhalefet odaklarının gözardı edilmesinin merkez-çevre paradigmasının "kültürcü" ve düalist yaklaşımı nedeniyle görülemediğini ileri sürerler. Bkz. F.AÇIKEL, *Toplumbilim*, no:105, 2006; İktidara geçenlerin dışlayıcı (exclusivist) bir mekanizma kurmaları “Kurumsalcı” yaklaşımdan bakınca da “kültüralist” yaklaşımlardan farklı olarak sorunu, içealan (inclusive) kurumların yerleşememesinde arar. Bkz. Daron ACEMOĞLU; James A. ROBINSON, *Why Nations Fail – The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, 2013.

Türkiye örneğinin tüm karmaşık dinamikleriyle incelenmeye ve değerlendirilmeye devam edilmeyi gerektirdiğini gösterir.

Tabii, AB ile ilişkilerin yavaşlaması ve Türk Dış politikasında “eksen kayması tartışmaları”, popülist radikal sağ aktörlerin kendi savlarına destek olarak kullanıma girmiştir. Örneğin, Fransa’da Ulusal Cephe Partisi Marine Le Pen’nin bizzat Türkiye’nin İŞİD destekçisi bir ülke olduğu görüşünü tüm medya kanallarından fırsat buldukça duyurması (özellikle 2015’de yoğunlaşmıştır), hatta Türkiye’yi doğrudan hedef olarak NATO’nun da artık Türkiye’ye güvenmemesi gerektiğini Fransa’nın iktidardaki ve ana muhalefetteki partilerini hedef alarak devinim malzemesine dönüştürme çabasını sıralayabiliriz. Örtülü bir biçimde, bir yandan ortalama Avrupalı’nın güncel korkularını harekete geçirecek biçimde, bir yandan da modern demokrasi savunusu görüntüsünü yakalayarak, Türkiye’nin yalnızca kültürel farkları değil, siyasi tercihlerinin de, özel olarak Fransa’ya, genel düzlemde de Avrupa’ya zarar vereceği izlenimi yaratmaya odaklanmaktadır. Türkiye’nin coğrafi, demografik ve kültürel özelliklerinin AB’ninkilerle uyumsuz olduğu savına siyasi tercihler savını da eklemek Türkiye’nin tam üyelik projesinin AB için başa çıkılamayacak büyüklükte bir ülke olması nedeniyle reddetmek, 11 Eylül sonrası iyice güçlenen islam-karşıtlığı ve “ürkütücü” bir bölge olarak sunulan Orta Doğu sınırı temasını Türkiye’yi doğrudan kapsayacak şekilde genişleterek Türkiye’nin reddedilmesi önerisini siyasal sahnedeki yerini genişletmek için araçsallaştırmaktadır. kullanılmaktadır. Demokrasi-laiklik İslam uyumsuzluğu iddiasını yine Fransa örneğinde popülist radikal sağ çerçevesinde izlersek, yabancı bir kültürün üyeleri Müslümanların Fransa’nın laik kültürüyle uyum sağlayamayacakları iddiasını göç, çok kültürlülük, güvenlik sorunlarını bir arada düşünerek saflaştırıcı dışlayıcı siyasal imgelemine destek olarak kullanılmaktadır. Popülist radikal sağın AB düzleminde ortak görüşü Türkiye’nin AB’de değil kendi bölgesinde kaması gereken bir ülke olduğudur. Bir başka deyişle, AB’nin demokratik ve modern yapısıyla uyuşamayacak dışlanması gereken Müslüman çoğunluklu bir ülke olarak gördükleri Türkiye’nin farklılıklarını AB’nin kabul etmemesi çağrısında bulunurlar. AB’de çoğulculuk ve dışlayıcı ideoloji gerilimi böylece Türkiye teması çerçevesinde belirginleşmiş olur. İnceleme konumuzun dışında kalmış olsa da AB’de, “Popülist radikal sağ” eğilimin dışlayıcı ideolojisinin “ötekileştirdiği” Türkiye’de de sistem dışı siyasal aktörler klasik ırkçı ve/veya yeni

ırkçı bir formülle Batı teması çerçevesinde bir dışlayıcı “ötekileştirme” söylemi kurgularlar. Yani, Türkiye AB ilişkilerinde ancak, Türkiye’nin ulusüstü bir oluşuma ulusal egemenlik haklarını devretmesine tepki göstermeyecek çoğulcu yaklaşımların baskın çıkması ve demokratik sağlaşma sorunlarının aşılması durumunda, geriye popülist radikal sağın AB’nin çoğulculuğuyla uyumsuzluk sorunu kalacaktır.

Sonuç yerine

AB’nin tamamlanmamış oluşum süreci, çoğulcu liberal demokrasi ilkeleri çerçevesinde bir bütünleşme projesi olarak gelişimini sürdürürken, küresel dünyaya eklenmenin bir aşaması olarak görülebilir mi ? Bu konu tartışılırken ulusüstü bir oluşum olarak en ileri deneyim örneği AB projesi olarak karşımıza çıkmakta. Ancak AB’yi oluşturan üye devletlerde “evrenselci uluslararasıçılık”, küreselleşme ve göç sorunları karşısında kitle desteği alabilecek bir formül geliştirmekte zorlanırken popülizmler (sağ ve sol türleri) yükselişlerini sürdürmekte. Popülist radikal sağın bir tür “etnik liberalizm”le “etnik sosyalizmi” harmanlama girişimi, çoğulcu liberal demokrasilerin eşitlikçi arayışlarına ve AB’nin çoğulcu projesine karşı çıkarak küreselleşmenin “kazanılan formül”ünü yakalamaları, liberal demokrasinin geleceğiyle ilişkili bir sorun olarak da görülebilir. Popülizmin radikal sağ ile eklenerek merkezi etkileme çabasını mercek altına alan çalışmalar bu sorunu çok boyutlu bir biçimde aydınlatma ve çözümlemeye katkıda bulunabilmektedirler. Çoğulcu demokrasilerin temsili demokrasi sorunlarından kaynaklanan zaafı da burada göz önünde bulundurarak siyasal ve sosyal dinamiklerle katılım kanallarını açan “anti-kartel parti” popülizmlerini daha yakından gözlemlemeliyiz. Popülist radikal sağ partilerin “kazanılan formül”lerini kartelleşen sistem partilerine söylem düzeyinde (popülist radikal sağın tek başına bir iktidar deneyimi yok) nasıl bir anti-kartel alternatif sunduklarını ayrıca bir inceleme konusu yapmalıyız.

Popülist radikal sağ çizgi, izlemiş olduğumuz gibi, Türkiye’nin AB’ye tam üyelik hedefiyle ulusüstü bir oluşum sürecine eklenme çabası yavaş da olsa çeşitli aşamalardan geçerek ilerlemesini, Avrupa halklarını yok sayan AB seçkinlerinin suçu olarak AB’yi “Avrupalı Avrupa” hedefinden uzaklaştıracak bir tehlike olarak sunarken aynı zamanda çoğulcu liberal demokrasilerle ilişkili sorunlarını, giderek daha çok Türkiye’nin üyelik projesine karşıtlık temasını araçsallaştırmaktadırlar. Burada izledi-

ğimiz sorun, Türkiye AB ilişkilindeki karşılıklıktan çok AB de (ve Türkiye de) varolan çoğulculuk yanlısı aktörlerle, “dışlayıcı” saflaştırıcı projelerden yana aktörlerin çatışmasının, bir arada bütünleşme projesini nasıl sürdürebileceklerinde aranabilir. Çatışmaların kurgusunun hangi ideolojilerden kaynaklanan referanslar kullanılarak ve hangi stratejilerle gerçekleştirildiğini gözleyebilmekteyiz ancak, demokrasilerin derinleştikçe bu sorunları aşırıp aşılamayacaklarını, çok etmenli yapıyı ve aktörleri çözümleyecek çalışmalarla karşılaştırmalı siyaset alanının birikiminden de yararlanarak araştırmaya devam etmek gerekecek.

KAYNAKÇA

ACEMOĞLU, Daron; ROBINSON, James A., *Why Nations Fail – The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, Profile Books, London 2013 (First published 2012).

ANDERSON, Benedict, *Hayali Cemaatler – Milliyetçiliğin kökenleri ve yayılması*, (Birinci baskı 1983, çev. İskender Savaşır) Metis Yayınları, İstanbul, 1993.

ART, David, *Inside The Radical Right – The Development of Anti-Immigrant Parties*

in Western Europe, Cambridge University Press, New York, 2011.

CARAMANI, Daniele, *Comparative Politics*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2011.

DOBRY, Michel, « Les causalités de l'improbable et du probable : notes à propos des manifestations de 1989 en Europe centrale et orientale », *Cultures & Conflit*, no: 17 Printemps 1995, s. 111-136.

DOBRY, Michel, « Les transitions démocratiques, regards sur l'Etat de la 'Transitologie' », *Revue française de science politique*, vol. 50, no:4-5, août-octobre 2000, s. 579-583.

DOBRY, Michel, « Les voies incertaines de la transitologie choix stratégiques, séquences historique, bifurcations et processus de "path dépendence" », *Revue française de science politique*, vol. 50, no:4-5, août-octobre 2000, s. 585-614.

FABRY, Elvire, *Qui a peur de la citoyenneté européenne ? La démocratie à l'heure de la Constitution*, PUF, Paris, 2005.

GIBLIN, Béatrice, « Extrême droite en Europe : une analyse géopolitique », HERODOTE, 1er trimestre, No:144, 2012, s. 3-17.

HABERMAS, Jürgen, « Citizenship and national identity: some reflections on the future of Europe », *Praxis International*, n° 12, 1st April 1992, s. 1-19.

HABERMAS, Jürgen, *Après l'Etat-nation – une constellation politique*, 1998, Fayard, Paris, (trad.française Rainer Rochlitz), 2000.

HABERMAS, Jürgen, *The Crisis of The European Union – A Response*, Polity Press, (Translated by Ciaran, Cronin) Cambridge-UK, Malden USA, 2012.

HAAS, Ernst B., *The Uniting of Europe - Political Social and Economical Forces – 1950-1957*, Stanford University Press, Stanford, 1958.

LANDMAN, Todd, *Issues and Methods in Comparative Politics – An Introduction*, Routledge, London & New York, 2. ed. 2004 (1st ed., 2003).

LANE, Ruth, *Karşılaştırmalı Siyaset Sanatı*, (The Art of Comparative Politics 1997- Çeviri: Zeynel Abidin Kılıç), Küre Yayınları, Siyaset Bilimi no:1, İstanbul, 2011.

LINZ, Juan J., *Régimes totalitaires et autoritaires*, Arman Colin, Paris (Traduction française M.-S. Darviche, W. Genieys et G. Hermet) 2006.

McFAUL, Michael, « The Fourth Wave of Democracy and Dictatorship–Non cooperative Transition in the Postcommunist World », *World Politics*, n° 54, January 2002, s. 212-244.

OBERDORFF, Henri, *L'Union européenne*, Editions Dalloz, Armand Colin, Paris, 2004.

O'DONNELL, Guillermo ; SCHMITTER, Philippe C. and WHITEHEAD, Laurence (Ed.), *Transition from Authoritarian Rule: Prospects for Democracy*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore & London, 1986.

QUERMONNE, Jean- Louis, *Le système politique de l'Union européenne – Des communautés économiques à l'Union Politique*, Montchrestien, Collection Clef/Politique, 3ème éd., Paris, 1998.

REYNIE, Dominique, *Les droites en Europe*, PUF, coll. L'innovation politique, Paris, 2012.

SAURUGGER, Sabine, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Presses de Sciences PO, Paris, 2009.

SHARMAN, J.C., KANET, Roger.E., « International Influences on Democratization in Post Communist Europe », in Hollifield, J.F., Jilson, C., (ed.), *Pathways to Democracy: The Political Economy of Democratic Transition*, New York, London, Routledge, 2000, s. 226-241

SHORE, Chris, *Building Europe – The Cultural Politics of European İntegration*, Routledge, London & New York, 2000.

STERNHELL, Zeev, *Les anti-Lumières – Une tradition du XVIIe si-ecl e à la guerre froide*, Gallimard coll. Folio Histoire, Paris, 2010 (2006).

TAGUIEFF, Pierre-André, *L'effacement de l'avenir*, Galilée, Paris, 2000.

VARDAR, Deniz, *Aşırı sağdan "popülist radikal sağ"a – Fransa Örneği*, Bağlam Yayınları, İnceleme-Araştırma dizisi no: 149, İstanbul, 2004.

WIARDA, Howard J., « Toward the Future: Old and New Directions in Comparative Politics », in WIARDA, Howard J., *New Directions in Comparative Politics*, (Third Ed.) Westview Press, 2002, USA, s. 211-224.

HUKUK EĞİTİMİNE İLİŞKİN STRATEJİK İKİLEMLERİN EKONOMETRİK VE KALİTE YÖNETİMİ BOYUTLARI ÜZERİNE DENEMELER: TÜRKİYE ÖRNEĞİ*

(THE DETERMINANTS OF STRATEGIC PLANNING AND QUALITY MANAGEMENT
IN HIGHER EDUCATIONAL INSTITUTIONS: A CASE STUDY OF TURKISH LAW
EDUCATION)

Prof. Dr. Erkan Abdülgaffar AĞAOĞLU**

ÖZET

1990 yılında Türk Yüksek Öğretim Sistemi, bir Vakıf (Bilkent Üniversitesi) ve 30 devlet üniversitesi olmak üzere, toplam 31 Üniversite'den oluşmuştur. 2010 sonu itibarıyla sistem, 8 (%4.80) vakıf meslek yüksekokulu, 102 devlet (%61.82), ve 55 (%33.33) vakıf üniversitesi olarak faaliyet göstermekte idi. Yine, 2015 itibarıyla, 8 (%4.15) vakıf meslek yükse-

* MANEVİ BORÇ İFADESİ: “Bu çalışma, hocamız Sayın Prof. Dr. Yaşar Gürbüz’ün anı kitabında yer almak üzere kaleme alınmıştır. ODTÜ’de başlayıp, Marmara ve Yeditepe Üniversitelerine dek süren uzun bir maratonda, hem kamu, hem de vakıf üniversitelerinde uzun yıllar emek veren ve hala da çabalarını bizlerden esirgemeyen hocamız için, sanırım, çalıştığı kurumların iç dünyasının bilimsel yansımasından daha büyük bir hediye’yi düşünmek mümkün olmazdı. Akademik çalışmalarımın alt yapısını oluşturan Bankacılık-Finans ve Eğitim Sektörlerine ait veri tabanlarımın önemli eksenlerinin bu çalışma’ya yönlendirilmiş olmasının sebebi de budur. Bu çalışmamız, sadece Hocamıza layık olabilmek için sarf edilen, ve Türk eğitim camiasının ilgisini çekebileceğini umduğumuz “Ekonometrik” bir “Düşünsel Oluşum” çabasının ürünüdür. Hocamıza, verimli çalışmalarımı daha da artırarak devam edeceği mutlu, başarılı, ve uzun bir ömür temenni ederim. Buna Mukabil, bu çalışmanın 100. Kuruluş Yıldönümüne doğru ilerleyen Türkiye’imizin oluşturacağı olası stratejik vizyonuna ve Türk Eğitim Literatürüne yararlı olacağına da temenni etmekteyim. Bu yazı tamamlanınca’ya kadar hiçbir manevi desteğini esirgemeyen, ve bu “Anı” kitabımın hazırlanma aşamalarında olağanüstü özverili çaba sarf eden YTÜ, Hukuk Fakültesi Dergisi Editörü Y. Doç. Dr. Efe Direnisa’ya teşekkürü bir borç bilirim. Saygılarımla, Erkan Abdülgafar Ağaoğlu, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul.

** Yeditepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü Öğretim Üyesi, e-posta: agaoglu@yeditepe.edu.tr

kokulu, 109 devlet (%56.48), ve 76 (%39.38) vakıf üniversitesi olarak faaliyet göstermektedir. Türkiye'deki Yüksek Öğretim Sisteminde gerçekleşen kapasite artışında Vakıf Üniversitelerinin payını hızlı bir tempo ile arttırdığını göstermektedir. Buna karşın sistemin içinde bulunduğu rekabet yapısının Türk Eğitim Endüstrisinin stratejik boyutlarını geliştirebileceğimiz şekilde irdelenmediği de aşikâr olmaktadır. Bu çerçevede kalite yönetimi araçlarından birisi olan "Kalite Kontrol Grafiği" kullanılarak Türkiye'deki Hukuk Eğitiminin ikilemleri irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yükseköğretimde stratejik planlama, Türk yükseköğretim sistemi, hukuk eğitimi, yoğunluk, rekabet analizi, istatistik, ekonometri, kalite yönetimi, logit-probit analizi, diskriminant analizi.

ABSTRACT

While Turkey had 31 universities in total with one foundation university during 1990; at the beginning of year 2011, there were 165 universities, 102 of these were public universities (61.82%); 55 (33.33%) belonged to foundations (privately owned); and there were 8 (4.85%) privately owned (foundation based) vocational schools of higher education. The number of privately owned foundation universities has risen to around 50% of the total by the end of 2014; the student population of these universities is estimated to exceed 10% of the total population. Although the phenomenon is relatively very new and expanding on a very rapid pace, it serves as an extremely important academic learning exercise. The domain of this research focuses on drawing lessons from the managerial and strategic implications of these rapid developments. The study also attempts to build up a platform for cross cultural research. The skeleton of this study is based upon bench marking and quality management philosophy. We develop a methodology to apply quality control charts to assess the higher educational characteristics and pinpoint the strategic planning aspects in the area of law education.

Keywords: *Strategic planning in higher education, Turkish higher educational system, law education, concentration, competition analysis,*

statistics, econometrics, quality management, logit-probit analysis, discriminant analysis.

I. GİRİŞ

Kurumlar, rekabet avantajını oluşturmak ve muhafaza etmek için “Modern Kalite Kontrol” yöntemlerine başvurmaktadır. Bu yöntemler temelde istatistiksel nosyonlara dayanmaktadır. Stratejik planlama sürecine uygun olarak verimlilik ve etkinliğin artırılması, hizmet kalitesinin iyileştirilmesi, yüksek düzeyli katma değerlerin yaratılması ve sürdürülmesi, faaliyet yöntem ve süreçlerin hale getirilmesi, gibi stratejik hedefler, süreç iyileştirici yöntemlerine gereksinim duymaktadır. Bunun yanı sıra, bu yöntemler, oluşturulan sistemlerin sürdürülebilir olup olmadığının sınanması açısından da son derece hayati önem taşımaktadır. Bu yöntemler toplam bazda “Kalite Yönetim Araçları” olarak bilinmekte, ve tamamı istatistiksel metodolojilere dayanan veri analiziyle entegredir. Bu yöntemlerden biri ikinci dünya savaşından bu yana yoğun olarak uygulanan İstatistik Kontrol Şemasıdır. Kuramsal olarak bu şemalar, verilerin gösterdiği sapmaların niteliğini araştırmaktadır. Bu sapmalar, doğal olan ve olmayanlar şeklinde sınıflandırılmakta ve sistem davranış biçimini bu bazda analiz etmektedir. Bu çalışmada, Kalite Kontrol Şemalarının mantık silsilesi kullanılarak stratejik planlama felsefesi ışığında Türkiye’deki Hukuk Eğitiminin sistem içindeki konumu araştırılmış ve makro bazda öneriler geliştirilmiştir.¹

II. TÜRK YÜKSEKÖĞRETİM SİSTEMİNİN YAPISINA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

“Endüstriyel sektörlerinin yapısı (structure)”, literatürde, firma sayısı ve büyüklükleri, rekabet düzeyi ve sektöre girişlerdeki serbestlik derecesi şeklinde tanımlanmaktadır. Eğitim endüstrisi gibi, hizmet kurumlarına ilişkin “Yapı” ise, genellikle, belirli bir Pazar bölümüne yönelik olarak eğitim hizmetlerini sunan kurum sayısı ve rekabet düzeyi, göreceli büyüklükleri ve fiyat mekanizmasıyla oluşumunu etkileyen denetim derecesi olarak algılanabilmektedir. Ampirik araştırmalarda “Yapı”, gelir ve giderlerin

¹ Kalite Yönetimi için her hangi Temel İstatistik veya Temel Kalite Yöntemi kitabına başvurmak mümkündür.

seviyesi, finansal kompozisyon, yoğunluk derecesi, rekabet yapısı, ölçek ekonomisi (economies of scale), faaliyet alanı ekonomisi (economies of scope), ve denetimin fonksiyonu şeklinde ele alınmaktadır.²

Özellikle 1985 öncesi dönemde yüksek eğitim hizmetlerinin tamamına yakını kamu üniversiteleri tarafından sunulmuş ise de, 1985 sonrası dönemde bu durum değişmektedir. Vakıf üniversiteleri; Yurt-dışından ÖSYM'ye entegre edilen yabancı ve KKTC üniversiteleri; ÖSYM Sınav sonuç belgeleriyle gidilebilen yabancı üniversiteler; Vakıflara ait Meslek Yüksek Okulları; gibi kamu-dışı yüksek öğretim kurumlarının sunduğu eğitim hizmet yelpazesi zamanla genişlemekte ve sunulan bu eğitim hizmetleri, kamu üniversiteleri tarafından sunulan hizmetlerle, kaçınılmaz olarak, hem çakışmaktadır, hem de bu kompozisyonu tamamlamakta ve genişletmektedir.

Başka bir deyişe, “Türk Yüksek Öğretim Kurumları Piyasasının” Coğrafi ve Pazar Bölümlemesi ile Hizmet ve Ürün Portföyü şeklini değiştirmiştir.

Diğer yandan, Yüksek Öğretim Sistemine giriş için uygulanan “Giriş Sınav” sistemi uzun bir zamandan 2009 yılına kadar aynı kalmışken, 2010 itibarıyla tamamıyla değişikliğe uğramış ve her iki periyodun karşılaştırma imkânı da kısıtlanmıştır. Bu sebepten dolayı mevcut araştırmada modelin sınanması için 2009 verileri kullanılmıştır. Devam eden çalışmalarımızda her iki periyodun tutarlı hale getirilmesi hususu başka bir yazımızda ele alınacaktır. Bölümlere veya Programlara yerleştirme süreci, değişik puan türüne göre gerçekleştirildiği için ise, tüm sistemin bir arada incelenmesi mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla, bu değişken, Üniversitelerdeki bölüm veya programları kendi içinde ayrı ayrı sıralamak için verimli bir şekilde kullanılabilir.

Bu çalışmada kullanılmak üzere, yukarıdaki hususlara uygun olarak 2009 yılına ait tüm ÖSYM verileri iki grup halinde konsolide edilmiştir. Birinci gruptaki veriler, kamu ve kamudışı üniversitelerin toplam kontenjan ve yerleştirilen kontenjanlar bazında ele alınmıştır. Bu veriler, her iki üniversite grubuna göre en düşük piyasa payından en yüksek piyasa payına

² Ayrıntılı “Piyasa Yapısı, Yoğunluk, ve Performans Analizi” için bakınız: Pazarlama, İşletme Yönetimi, ve Eğitiminde Seçilmiş Yazılar (Beta Yayınları, 2011), İçinde, AĞAOĞLU, Erkan Abdülğaffar, “Türk Yüksek Öğretim Yapısı, Konsantrasyonu, ve Rekabet İkilemi Üzerine Ekonometrik Düşünceler”.

doğru sıralanmıştır. Yine, ikinci gruptaki veriler de sistemin tüm Bölümlerini (Programlarını) kontenjanlar ve dolma yüzdesi bazında sıralamıştır.³

Tablo 01A: yükseköğretim kurumları bünyesindeki tüm programların kontenjan bazında aldıkları kümülatif payları sırasıyla göstermektedir. Bu tablo, en yüksek kontenjan yüzdesini oluşturan programlardan ilk 25'ini gösterilmiştir. Görüldüğü üzere, ilk 4 sırayı İşletme Yönetimi, İktisat, Sınıf Öğretmenliği ve Hukuk departmanları oluşturmaktadır. Hukuk programlarının ek özelliği ise, tamamında boş kontenjanın bulunmaması şeklindedir (ÖSYM, Ek kontenjan Klavuzu, 2009). Diğer yandan, üniversite grupları arasındaki kompozisyon (piyasa yapısı) hızlı bir şekilde değişmektedir.

Şekil 01, 1978-2015 yılları arasındaki üniversite adetlerini yüzdesi bazında göstermektedir. Basit regresyon kamu ve vakıf üniversite adetlerinin sırasıyla %60, ve %40 düzeyinde seyredebileceğini göstermektedir.

Bu değişimin sonucunda oluşan üniversite grupları arasındaki ikilem de derinleşmekte ve vakıf üniversitelerinin stratejik kararlarının temel parametresini de açığa çıkarmaktadır. Tablo 01B Kamu üniversitelerinin oranının düşerken (%50'lere), (Vakıf üniversitelerinin oranı %50'a doğru) tırmanırken piyasadaki payının sadece %10'lar seviyesinde ilerlemekte olduğunu göstermektedir. Yine, Tablo 01B'de Öğretim Üyesi Başına düşen öğrenci sayısı, sırasıyla, Kamu, Vakıf üniversitelerinde ve Vakıf MYO'larında 29.48; 15.30; 16.03 düzeyindedir. Kamu üniversiteleri monopol piyasa yapısına sahip olduğu için tüm sistemin ortalaması da yukarıya (27.90) çıkmaktadır. Bu iki özellik "Maliyet" ve "Verimlilik" boyutlarını açık bir şekilde ifade etmektedir.

Şekil 02, kontenjanların kümülatif olarak artması durumunda kontenjanların boş kalma oranının hareketini göstermektedir. Her iki değişken arasında korelasyon kat sayısı 0.99346'dır. Bu korelasyon, kontenjanın dolmama gibi bir sorunun olmadığını simgelemektedir. Şekil 03, Vakıf Üniversitelerin aynı düzeyde bir korelasyona sahip olmadıklarını göstermektedir. Şekil 04, kontenjanlarını bölerek tayin eden Vakıf Üniversitelerinin (Burslu ve Burssuz) kontenjanları alçak ve uzun bir "Histogram" şeklindedir. Aksine, kamu üniversitelerinin kontenjanları yüksek bir "Histogram" olarak karşımıza çıkmaktadır.

³ ÖSYM Klavuzları Kullanılarak, veriler standart hale getirilmiştir.

Bu sebepten dolayı Şekil 05'te Vakıf üniversitelerinin üst puanları (Tavan) rekabet ederken, taban bazındaki puanlar çok aşağılara kadar inebilmektedir. Tablo 02'daki regresyon sonuçları (0-1 Dummy Regresyon Analizi: Bağımlı Değişken: 0 olarak Vakıf Üniversiteleri şekillerde solda görünmektedir; 1 olarak kamu üniversiteleri şekillerde sağda görünmektedir) rekabet avantajı açısından Vakıf Üniversitelerinin Sırasıyla, önce giriş puanı ve daha sonra kontenjan açısından daha dezavantajlı pozisyonda olduğunu göstermektedir.

Tablo 3-8, Hukuk Eğitimine ilişkin verilerin ayrıntılı istatistik özelliklerini (Descriptive Statistics) göstermektedir.

III. KALİTE KONTROL ŞEMALARI

Şekil 06, "Giriş Puanı", ve Şekil 07, Kontenjan Kalite Kontrol Şemalarını göstermektedir. Şekil 06, Hukuk Eğitimindeki "Giriş Puan" bazlı Stratejik ikilemlerin perspektifini ayrıntılı olarak simgelemektedir. Sağda yer alan Kamu Üniversitelerindeki puanların üst sınırlarda ekstrem puanların (Outlier) bulunduğu üniversiteler vardır (Highly Attractive). Daha aşağıya inen puanlar kalite limitleri içindedir. Solda yer alan Vakıf Üniversitelerinin Üst puan skalasında rekabet eden çok sayıda vakıf üniversitesinin mevcut olduğunu görmekteyiz. Ne var ki, kalite normları limitlerinin altında büyük bir yığınak mevcuttur.

Özet olarak, şunu söylemek mümkündür: Hukuk Eğitimi veren kurumlarda kendini üst taraflara konumlandırma hareketi mevcuttur. Kalite Normlarının altında bulunan çok sayıdaki kurum ise, toplamını sola kaydırmakta ve (Skewness) normalitesini bozmaktadır. Yine, böyle bir yapı, standart sapmasını arttırmakta, ve eğitim piyasasının yapısını, kalite ve beklenti bazında da bozmaktadır.

Yüksek Öğretim Kurumunun alt limitlerde sınır koymasının nedeni budur. Bunun etkisini gelecekteki çalışmamızda görmek mümkün olabilecektir. Sonuç itibarıyla, Kalite Kontrol Şemalarının ne kadar güçlü stratejik planlama araçları olduğunu görmekteyiz.

TABLO 01A: LİSANS PROGRAMLARI: İLK 25 İÇİNDEKİ YOĞUNLUK DERECESESİ (Toplamın %50'i)

	Program / Bölümün Adı	Topl.İçindeki Payı (%)	Yoğunluk (%)	Bölüm Adedi /Topl.Bölüm (%)
25	Okul Öncesi Öğretmenliği	1.289401899	46.70987826	8.173076923
24	İngilizce Öğretmenliği	1.341811477	48.05168974	8.413461538
23	Endüstri Mühendisliği	1.368331986	49.42002172	8.653846154
22	Uluslararası İlişkiler	1.485464235	50.90548596	8.894230769
21	Sosyal Bilgiler Öğretmenliği	1.507248939	52.4127349	9.134615385
20	Türkçe Öğretmenliği	1.550502627	53.96323752	9.375
19	Elektrik-Elektronik Mühendisliği	1.589020509	55.55225803	9.615384615
18	Maliye	1.652796019	57.20505405	9.855769231
17	Fen Bilgisi Öğretmenliği	1.77182259	58.97687664	10.09615385
16	Kamu Yönetimi	1.799605981	60.77648262	10.33653846
15	İnşaat Mühendisliği	1.831809456	62.60829208	10.57692308
14	Bilgisayar Mühendisliği	1.863065771	64.47135785	10.81730769
13	Hemşirelik	1.906950899	66.37830875	11.05769231
12	Tıp Fakültesi	1.909792382	68.28810113	11.29807692
11	Tarih	2.1071176	70.39521873	11.53846154
10	Fizik	2.202780865	72.5979996	11.77884615
9	Türk Dili ve Edebiyatı	2.301285613	74.89928521	12.01923077
8	Biyoloji	2.394423116	77.29370832	12.25961538
7	Kimya	2.395370277	79.6890786	12.5
6	Makine Mühendisliği	2.511239644	82.20031825	12.74038462
5	Matematik	2.562386341	84.76270459	12.98076923
4	Hukuk Fakültesi (Hukuk)	2.638790665	87.40149525	13.22115385
3	Sınıf Öğretmenliği	2.875580925	90.27707618	13.46153846
2	İktisat	4.192766215	94.46984239	13.70192308
1	İşletme	5.530157608	100	13.94230769

TABLO 01B: Üniversitelerin Genel SWOT Görüntüsü

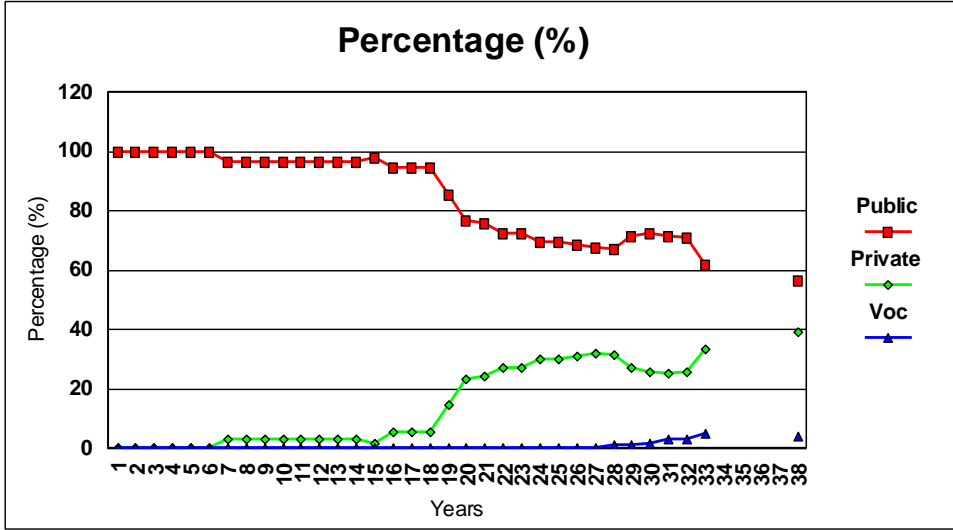
GENEL TOP-LAMLAR (*)

	Topl.Öğrenci Sayısı	Topl.Öğrenci Sayısı (%)	Topl.Öğretim Üyeleri Sayısı	Toplam Öğretim Üyesi Sayısı (%)
Devlet Üniv.	2646317	93.68	89715	88.50
Vakıf Üniv.	174727	6.19	11424	11.27
Özel MYO'lar	3719	0.13	232	0.23
TOPLAM:	2824763	100.00	101371	100.00

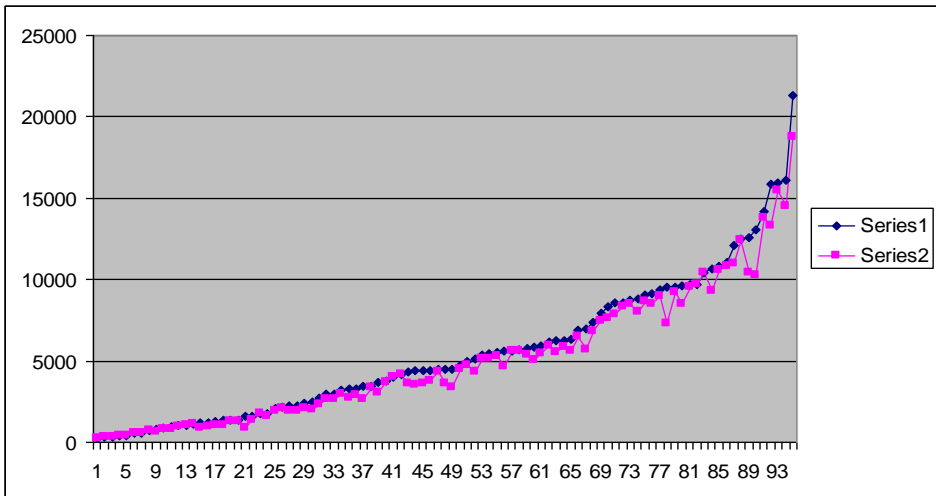
Kaynak: YÖK 2010 Verilerinden Derlenmiştir.

	Students/Students (%)	Total Staff/Total Staff (%)	Students/staff
Public Univ.	2646317	93.68	29.48
Private	174727	6.19	15.30
PrivVoc.	3719	0.13	16.03
TOTAL	2824763	100	10027.90.....>

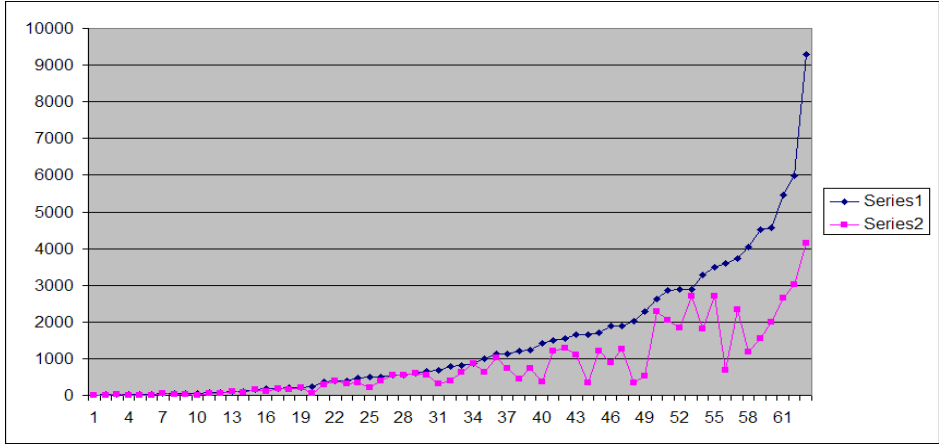
ŞEKİL 01: 1978-2015: Kamu, Vakıf Üniversiteleri, MYO Adetleri (%)



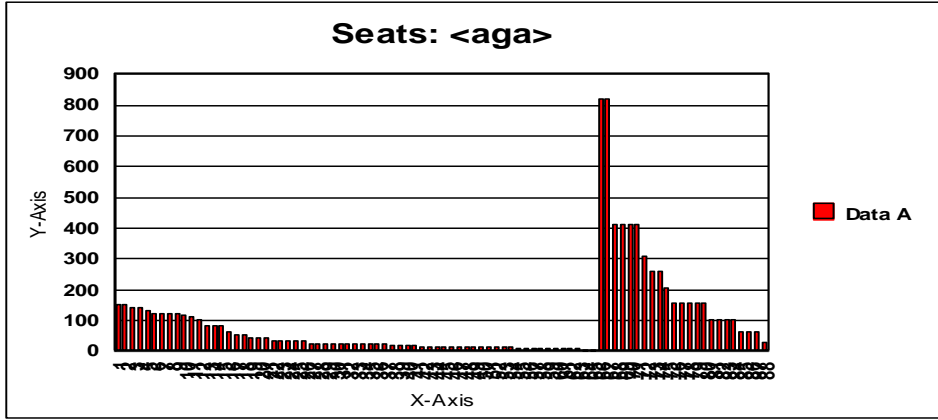
ŞEKİL 02: Kamu Üniversiteleri: Toplam Artan Kontenjan ve Dolu Kontenjan Hareketleri: (Korelasyon Katsayısı: 0.99346)



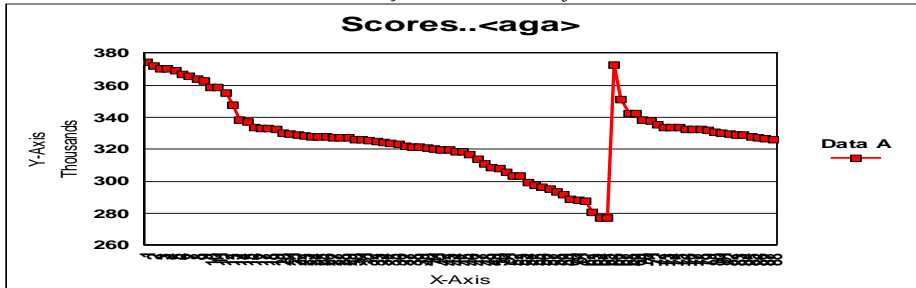
ŞEKİL 03: Vakıf Üniversiteleri: Toplam Artan Kontenjan ve Dolu Kontenjan Hareketleri: (Korelasyon Katsayısı: 0.9044):



ŞEKİL 04: Hukuk Fakültelerinin Kontenjanları: Vakıf/Kamu Üniversiteleri



ŞEKİL 05: Hukuk Fakültelerinin Giriş Puanları: Vakıf/Kamu Üniversiteleri



TABLO 02: Regresyon Analizi Sonucu

Seats, & Scores, for 0's and 1's		
Regression Output:		
Constant		2.19170125105509
Std Err of Y Est		0.340099887236097
R Squared		0.421273484234727
No. of Observations		88
Degrees of Freedom		85
X Coefficient(s)	-0.00184666840740099	-3.89892087657802E-006
Std Err of Coef.	0.000246436167766402	1.62704912671697E-006
t-value	-7.49349587821645	-2.39631416934852

TABLO 03: Hukuk: Program Başına Toplam kontenjan

Column1	
Mean	94.97727
Standard Error	15.77252
Median	30
Mode	10
Standard Deviation	147.9594
Sample Variance	21891.98
Kurtosis	12.25374
Skewness	3.207388
Range	819
Minimum	1
Maximum	820
Sum	8358
Count	88
Largest(1)	820
Smallest(1)	1
Confidence Level(95.0%)	31.3496

TABLO 04: Vakıf Üniv., Hukuk: Program Başına Toplam kontenjan

<i>Column1</i>	
Mean	40.876923
Standard Error	5.5987854
Median	20
Mode	10
Standard Deviation	45.138851
Sample Variance	2037.5159
Kurtosis	0.2189202
Skewness	1.2953667
Range	151
Minimum	1
Maximum	152
Sum	2657
Count	65
Largest(1)	152
Smallest(1)	1
Confidence Level(95.0%)	11.18486

TABLO 05: Kamu Üniv., Hukuk: Program Başına Toplam Kontenjan

<i>Column1</i>	
Mean	247.8696
Standard Error	45.47306
Median	154
Mode	154
Standard Deviation	218.0812
Sample Variance	47559.39
Kurtosis	2.491494
Skewness	1.657206
Range	794
Minimum	26
Maximum	820
Sum	5701

Count	23
Largest(1)	820
Smallest(1)	26
Confidence Level(95.0%)	94.30536

TABLO 06: Topla (Genel Bazında) Program Başına Giriş Puanı

<i>Column1</i>	
Mean	327699.2
Standard Error	2388.938
Median	328035
Mode	#N/A
Standard Deviation	22410.23
Sample Variance	5.02E+08
Kurtosis	0.121027
Skewness	0.020917
Range	97105
Minimum	277283
Maximum	374388
Sum	28837532
Count	88
Largest(1)	374388
Smallest(1)	277283
Confidence Level(95.0%)	4748.273

TABLO 07: Vakıf Üniv: Program Başına Giriş Puanı

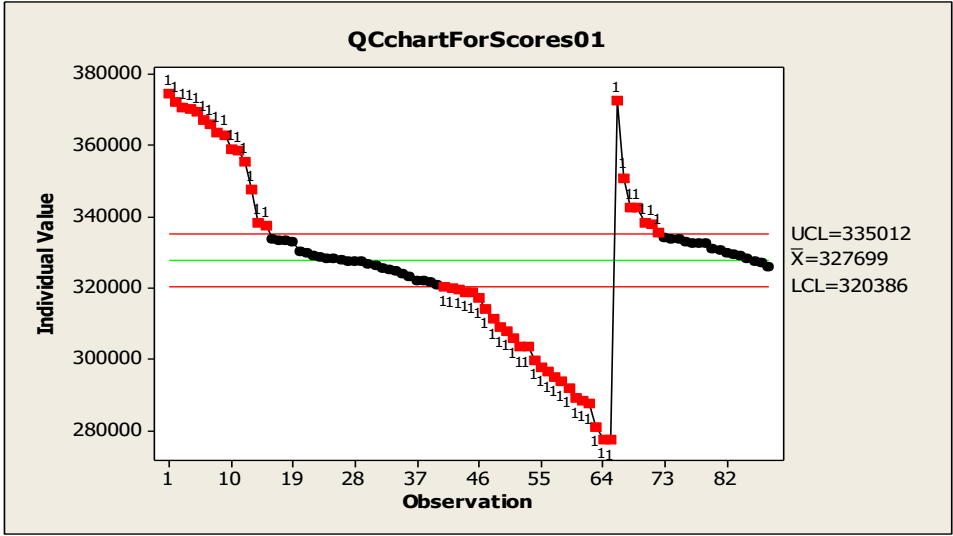
<i>Column1</i>	
Mean	325083.08
Standard Error	3091.5269
Median	325090
Mode	#N/A
Standard Deviation	24924.686
Sample Variance	621239993

Kurtosis	-0.37683
Skewness	0.2289067
Range	97105
Minimum	277283
Maximum	374388
Sum	21130400
Count	65
Largest(1)	374388
Smallest(1)	277283
Confidence Level(95.0%)	6176.0348

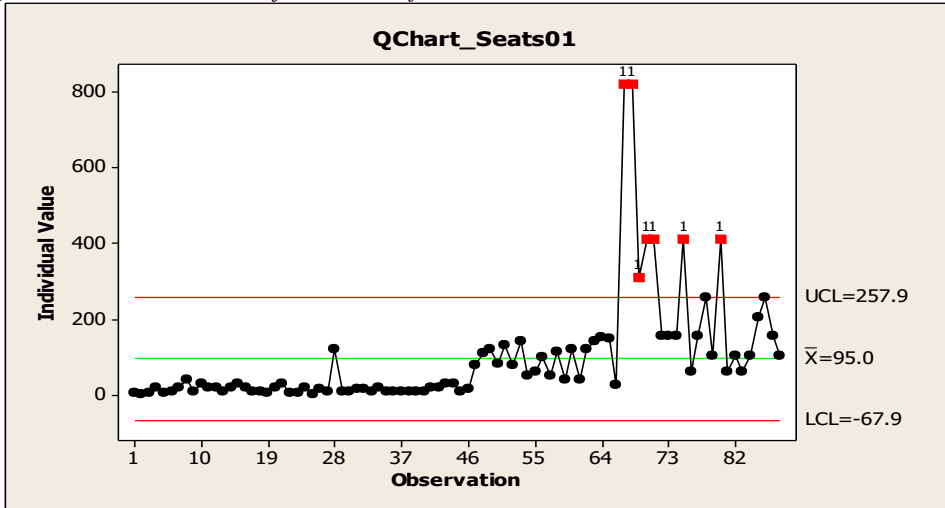
TABLO 08: Kamu Üniv: Program Başına Giriş Puanı

<i>Column1</i>	
Mean	335092.7
Standard Error	2100.018
Median	332356
Mode	#N/A
Standard Deviation	10071.33
Sample Variance	1.01E+08
Kurtosis	8.586007
Skewness	2.659556
Range	46781
Minimum	325834
Maximum	372615
Sum	7707132
Count	23
Largest(1)	372615
Smallest(1)	325834
Confidence Level(95.0%)	4355.172

ŞEKİL 06: Hukuk: Giriş Puanı: Vakıf Üniv., Kamu Üniversiteleri



ŞEKİL 07: Hukuk: Kontenjanları: Vakıf Üniv., Kamu Üniversiteleri



**TÜRKİYE İLE ALMANYA ARASINDAKİ MİLLETLERARASI
ANTLAŞMALAR KAPSAMINDA TÜRK VE ALMAN
YATIRIMCILARA TANINAN HAKLAR**

*(THE JUDICIAL RIGHTS CONFERRED UPON THE TURKISH AND THE GERMAN
INVESTORS UNDER THE INTERNATIONAL TREATIES RATIFIED BY TURKEY AND
GERMANY)*

Prof. Dr. Nuray EKŞİ*

ÖZET

Çalışmamızda, öncelikle, Türkiye ile Almanya arasında yatırım, çifte vergilendirme ve deniz ticareti alanında yapılan iki taraflı işbirliği antlaşmaları kapsamında Türkiye'nin, Alman yatırımcılar açısından güvenli ve cazip bir ülke olup olmadığı incelenmiştir. Daha sonra Türkiye ve Almanya'nın taraf olduğu antlaşmalar çerçevesinde ticari faaliyetlerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak adli yargı alanında Alman vatandaşlarının sahip olduğu hakların çerçevesi çizilmiştir. Çalışmamızda, ayrıca ticari ve sınaî faaliyetlere ilişkin Alman mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda Türk mahkemelerinin sergilediği tutum ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Adli yardım antlaşması, iki taraflı yatırım antlaşması, çifte vergilendirme, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi, mahnverfahren.

ABSTRACT

This Article will examines whether Turkey is a safe and attractive country for the German investors under the bilateral cooperation treaties on investment, double taxation and maritime commerce between Turkey

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: nurayeksi@gmail.com

and Germany. Moreover, under the international treaties ratified by Turkey and Germany, the framework of judicial rights of the German nationals regarding disputes arising from their commercial activities will be explained. Furthermore, the Turkish courts' tendency concerning the recognition and enforcement in Turkey of the German courts' judgments on commercial and industrial activities will be explained.

Keywords: *Agreement on judicial assistance, bilateral investment treaty, double taxation, recognition and enforcement of foreign judgments, mahnverfahren.*

Giriş

Türkiye ile Almanya arasında savunma, sağlık, eğitim, kültür, ulaştırma, malî yardım, alt yapı projelerinin desteklenmesi, teknik işbirliği, ticaret ve sanayi alanlarında birçok antlaşma yapılmıştır. Bu antlaşmalardan bir kısmı, Almanya'nın birleşmesinden sonra 1992 yılında yapılan bir protokol ile yürürlükten kaldırılmıştır¹. Çalışmamızda, iki devletin de taraf olduğu

¹ Karar Sayısı: 92/3360: Hükümetimiz ile Almanya Federal Cumhuriyeti Hükümeti arasında 25 Mayıs 1992 tarihinde Ankara'da imzalanan Türkiye Cumhuriyeti ile Demokratik Almanya Cumhuriyeti arasındaki anlaşmaların yürürlükten kaldırılmasına ilişkin ekli Protokol'ün onaylanması; Dışişleri Bakanlığı'nın 23.7.1992 tarihli ve AVTY/485-4662 sayılı yazısı üzerine, 3 1.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü v e 5 inci maddelerine göre, Bakanlar Kurulu'nca 30.7.1992 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 14.9.1992/21345). Protokol ile, Almanya'nın birleşmesi nedeniyle yürürlükten kaldırılan antlaşmaların listesi tespit edilmiştir. Listede yer alan antlaşmalar şunlardır:

- (1) Demokratik Almanya Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında Diplomatik İlişki Kurulmasına ilişkin 1.6.1974 tarihli Ortak Bildiri.
 - (2) Demokratik Almanya Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti Hükümetleri arasında 11.6.1975 tarihli Ticaret Anlaşması.
 - (3) "En çok gözetilen ülke" statüsü tanınmasına ilişkin 11.6.1975 tarihli Mektup Teatisi.
 - (4) 21.2.1968 tarihli Ticaret Anlaşması ve 28.4.1955 tarihli ödemeler Anlaşmasının yürürlükten kaldırılmasına ilişkin 11.6.1975 tarihli Mektup Teatisi.
 - (5) 28.4.1955 tarihli ödemeler Anlaşmasının Tasfiyesine ilişkin 11.6.1975 tarihli Protokol.
 - (6) Demokratik Almanya Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti Hükümetleri arasındaki 17.1.1975 tarihli Havayolu Taşımacılığı Anlaşması.
- YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

antlaşmaların yanı sıra Almanya ile Türkiye arasında yapılan ve iki ülke vatandaşlarının birbirlerinin ülkesinde yaptıkları ticari ve sınaî yatırımları ilgilendiren temel antlaşmalar üzerinde durulacaktır. Ayrıca Türkiye’de yatırım yapan Alman vatandaşlarına, faaliyetleriyle bağlantılı hususlar açısından mevzuatımızda adli yargı alanında tanınan haklara gerekli olduğu ölçüde yer verilecektir. Çünkü bir devletin “hukuk iklimi”, yabancı yatırımcılar açısından üzerinde durulan en önemli hususlar arasında yer almaktadır.

I. Alman Vatandaşlarının Türkiye’de Yapacakları Yatırımların Teşviki ve Korunması

A. Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasında Sermaye Yatırımlarının Karşılıklı Olarak Teşvik ve Himayesine Mütedair Anlaşma

Yabancı sermaye yatırımlarının korunması ve teşvik edilmesi amacıyla Türkiye, ilk defa 1963 yılında Almanya ile bir antlaşma yapmıştır. Daha sonra 1988 yılında İslam Konferansı Teşkilatına Üye ülkelerle yaptığı antlaşmayı, 1989 yılından itibaren ardı ardına imzaladığı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmaları takip etmiştir². İkili antlaşmalar hemen hemen aynı içeriğe sahiptir. Bu antlaşmalarda esas olarak, kimlerin yatırımcı sayılacağı; yatırım olarak kabul edilecek değerler; yabancı yatırımların nasıl korunacağı ve teşvik edileceği; yabancı yatırımcının, ev sahibi ülkede elde ettiği gelirleri kendi ülkesine transferi; yatırımın kamulaştırılması halinde yargı yolu ve tazminat; yatırım ihtilâflarının çözüm yolu konuları düzenlenmiştir. İki taraflı yatırım antlaşmalarında, yatırıma ev sahipliği yapan ülke ile yabancı yatırımcı arasında ortaya çıkan uyuşmazlık-

(7) Demokratik Almanya Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetleri arasındaki 16.6.1978 tarihli Ekonomik, Teknik, Sanayi ve Bilimsel İşbirliği Anlaşması.

(8) Demokratik Almanya Cumhuriyeti ile Türkiye Cumhuriyeti arasında iki devletin misyon görevlileri için vize verilmesi konusundaki 7.2.1980 tarihli Sözleşme.

(9) Demokratik Almanya Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti arasında 16.6.1978 tarihli Ekonomik, Teknik, Sanayi ve Bilimsel İşbirliği ve 11.6.1975 tarihli Ticaret Anlaşmaları konularında karma Komisyonun ikinci Toplantısına ilişkin 13.5.1982 tarihli Protokol.

(10) Demokratik Almanya Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetleri arasındaki Başkonsoloslukların Açılması konusunda 28.3.1990 tarihli Sözleşme.

² Antlaşmaların yapıldığı ülkeler ve metinleri için bkz. NOMER Ergin/EKŞİ Nurray/ÖZTEKİN Günseli, Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar, C. II, 2. bası, İstanbul 2014, s. 193-828.

ların çözümünü düzenleyen hükümler, adeta birbirinin tekrarı durumundadır. İki taraflı yatırım antlaşmalarının önemli bir özelliği, uyuşmazlık halinde tahkim merkezlerine başvurunun, ev sahibi devletin ihtiyarına bırakılmayıp zorunlu hale getirilmiş olmasıdır. Başvurulacak tahkim merkezleri ICSID, UNCITRAL ve ICC olarak belirlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasında Sermaye Yatırımlarının Karşılıklı Olarak Teşvik ve Himayesine Mütedair Anlaşma³, 20.6.1962 tarihinde Ankara'da imzalanmıştır. Antlaşma açısından yatırım kavramı, sınırlayıcı olmamak üzere (1) menkul ve gayrimenkul mülkiyeti ve diğer aynı hakları; (2) şirketlerde hissedarlık hakları ve sair şekilde iştirakleri; (3) para ve eda mükellefiyetine müteallik iktisadi bir değeri olan hisse senetlerini; (4) fikrî ve sınai mülkiyet haklarını, lisansları; (5) intifa, imtiyaz başta olmak üzere amme hukukuna istinaden tanınan hakları ifade etmektedir (md. 8). Antlaşmanın 8. maddesinde, yabancı sermaye yatırımından elde edilen kâr ve faiz, hasılât olarak adlandırılmıştır. Antlaşmada, âkit devlet vatandaşı olan şirketler kavramı, âkit devletlerin kanunlarına göre kurulan ve tüzel kişiliğe sahip olan ya da olmayan şirketlerle diğer kurumları ifade etmektedir (md. 8/4).

Almanya ile yatırım antlaşmasının imzalandığı tarihte, Türkiye oldukça katı bir kambiyo rejimi uyguluyordu. Döviz sıkıntısının olduğu bu yıllarda, yurt dışına döviz çıkışı ciddi sınırlamalara tabiydi. 1983 yılında başlayan ve 1989 yılında liberalleştirilen kambiyo mevzuatı ile, yurt dışına döviz çıkışı, yurda döviz girişi ve yabancı parayla yapılan ödemelerde getirilen kolaylıklar, yabancı sermayeyi Türkiye'de yatırım yapmaya yöneltmiştir⁴.

³ “Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasında Sermaye Yatırımlarının Karşılıklı Olarak Teşvik ve Himayesine Mütedair Andlaşma”nın ve bu Andlaşmaya ekli Protokol ve sekiz mektubun onaylanmasının uygun bulunduğu hakkında Kanun, Kanun No: 303 Kabul Tarihi: 19.7.1963 (RG 27.7.1963/11465)

Madde 1- Ankara'da 20 Haziran 1962 tarihinde imzalanan ilişik “Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti arasında Sermaye Yatırımlarının Karşılıklı Olarak Teşvik ve Himayesine mütedair Andlaşma” ve bu Andlaşmaya ekli Protokol ve sekiz mektubun onaylanması uygun bulunmuştur.

Madde 2- Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 3- Bu kanunun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

⁴ Türk hukukunda kambiyo rejiminin tarihçesi ve bu günkü durum hakkında bkz. Nuray EKŞİ, Kambiyo Mevzuatında İthalat/İhracat Hesapları ve Bu Hesapların Kapatılmamasına İlişkin Suçlar, 3. bası, İstanbul 2005, s. 3 vd.; Nuray EKŞİ, Dış Ticaret İşlemleri Açığı YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Almanya ile yapılan yatırım antlaşmasının 1. maddesine göre, âkit devletlerden her biri diğer âkit devletin vatandaşlarına ve şirketlerine ait sermaye yatırımlarına kendi mevzuatına uygun olmak şartıyla muvafakat edecek, bunları imkân dairesinde teşvik ve gereken müsaadelerin verilmesini sağlayacaktır. Âkit taraflar, yatırımlara, hak ve nesafet dairesinde muamele edecektir. Antlaşmada, âkit devletlerin vatandaşlarının birbirlerinin ülkesinde yapacakları yatırımlarda, iç mevzuata uyulması koşulu öngörülmüştür. Almanya ile yapılan yatırım antlaşmasının yürürlüğe girdiği 1963 yılında, 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu (YSTK) ve bu Kanuna ilişkin çerçeve kararları yürürlükteydi. 1954 yılında yürürlüğe giren 6224 sayılı YSTK, yabancı sermaye yatırımları açısından esnek bir düzenleme getirmekle beraber, daha önce de ifade ettiğimiz üzere, politik istikrarsızlığın yanı sıra yurt dışına döviz çıkışı ve dövizle ödemeler konusunda kambiyo mevzuatının esnek olmaması, yabancı yatırımcıların Türkiye’yi tercih etmesini engelliyordu. 1954-2003 yılları arasında yürürlükte olan 6224 sayılı YSTK ve bu Kanuna ilişkin çerçeve kararları, 2003 yılında yürürlükten kaldırılmış ve bu mevzuatın yerini 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları Kanunu ile Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları Kanununun Uygulama Yönetmeliği almıştır. 2003 yılından beri, yerli sermaye ile yabancı sermaye yatırımları arasında, bazı istisnalar hariç, herhangi bir fark kalmamıştır.

Almanya ile Türkiye arasındaki yatırım antlaşmasında, yerli ve yabancı yatırımcılar arasında eşitlik esası öngörülmüştür. Antlaşmanın 1(2). maddesine göre, her âkit devlet, ülkesinde, diğer âkit devletin vatandaşı ve şirketlerine ait, yahut bunların kontrolü altında bulunan sermaye yatırımlarını, kendi vatandaş ve şirketlerinin veya üçüncü devletlerin vatandaş ve şirketlerinin sermaye yatırımlarından daha az müsait muameleye tabi tutmayacaktır. Benzer bir hüküm antlaşmanın 2. maddesinde de yer almaktadır. Bu maddeye göre, âkit taraflardan hiçbirisi diğer âkit tarafın vatandaş ve şirketlerini, kendi ülkesinde yapılacak sermaye yatırımları ile ilgili meslekî ve iktisadi faaliyetleri ile sermaye yatırımlarının idaresi, istimali ve intifai bakımından, kendi veya üçüncü devlet vatandaşı gerçek kişileri ve şirketlerinden daha elverişsiz bir muameleye tabi tutmayacaktır.

Antlaşmanın 3. maddesi, âkit devletlerden birinin vatandaşının diğer âkit devlette yapacağı yatırımın korunmasına ilişkindir. Her âkit devlet, diğer âkit devlet vatandaşının kendi ülkesinde yapacağı yatırımı korumakla yükümlü kılınmıştır. Bu bağlamda, âkit devletlere, kamu yararı gerektirmedikçe ve değeri ödenmedikçe diğer âkit devlet vatandaşının yatırımını kamulaştırmama yükümlülüğü getirilmiştir. Eğer kamulaştırma yapılmış ve bedel ödenmişse, kamulaştırma bedelinin yurt dışına transfer edilmesi mümkündür. Ayrıca kamulaştırma işlemine karşı yargı yoluna başvurulabilir (md. 3).

Harp hali, silahlı çatışma veya kamu düzenini bozan diğer hallerde, diğer âkit devlet vatandaşının uğrayacağı zararlara ait tazminat ödemelerinde, yerli şirketlere yapılan muamele esas alınacaktır. Almanya ile Türkiye arasındaki yatırım antlaşmasında “en ziyade müsaadeye mazhar devlet” kaydı yer aldığından, Alman yatırımcıları, 1963 yılından sonra Türkiye tarafından diğer devletlerle yapılan yatırım antlaşmaları ile diğer âkit devletlerin vatandaşlarına tanınan daha lehe olanaklardan da aynen yararlanacaklardır. Aynı esas Almanya’da yatırım yapan Türk vatandaşları için de geçerlidir.

Antlaşmanın 4. maddesinde, yatırımın tasfiyesi halinde, tasfiye bedelinin yurt dışına transfer edilmesi teminat altına alınmıştır. Bu hüküm, 1989 yılından itibaren kambiyo mevzuatında yapılan değişiklikler nedeniyle önemini yitirmişse de antlaşmanın imzalandığı 1962 yılından 1989 yılına kadar olan dönemde oldukça önem taşıyan bir hükümdü.

Almanya ile Türkiye arasında yapılan yatırım antlaşmasında, Alman vatandaşlarının Türk kamu kurumları; Türk vatandaşlarının Alman kamu kurumları ile yapacakları yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların çözüm yoluna ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Hiç şüphesiz, Alman şirketlerinin veya vatandaşlarının, Türkiye’de bulunan özel hukuk kişileriyle gerçekleştirecekleri yatırımlardan doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümü mümkündür. Bugün olduğu gibi geçmişte de bu konuda sorun yoktu. Ancak asıl sorun yabancı yatırımcılarla devlet veya kamu kurumları arasında yapılan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenip çözümlenemeyeceği noktasında ortaya çıkıyordu. Mevzuatımızda devletin veya devlet kurumlarının taraf olduğu yatırım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulmasını açıkça yasaklayan bir hüküm olmamasına rağmen özel-

likle de 1980'lı yıllardan itibaren başlayan tartışmalara 1999-2000 yıllarında yapılan yasal düzenlemelerle bir nokta konulmuştur. Söz konusu yasal düzenlemelerle, Türk Devleti veya Devlet kurumlarına karşı, yabancı yatırımcının, milletlerarası tahkim yoluna başvurmasının önü açılmıştır⁵.

O halde Almanya ile Türkiye arasında 1962 yılında yapılan ve 1963 yılında yürürlüğe giren yatırım antlaşmasında, Alman yatırımcılarla Türk kamu kurumları arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümüne ilişkin bir hüküm olmazsa bile, Alman yatırımcılar Türk Devleti ya da kamu kurumları aleyhine tahkim yoluna başvurabilirler. Alman yatırımcı ile Türk kamu kurumu arasında yapılan yatırım sözleşmesinde, başvurulacak tahkim merkezi –örneğin ICC olarak– belirlenebilir ya da *ad hoc* tahkim kararlaştırılabilir. Hatta Alman yatırımcı ile Türk kamu kurumu arasındaki kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinde, tahkim klozu yer almazsa bile her iki ülkenin taraf olduğu ICSID uyarınca, Alman yatırımcı, ICSID Tahkim Merkezi'ne başvurulabilir. ICSID, Almanya'da, 18.5.1969 tarihinde; Türkiye'de, 1.4.1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dünya Bankası'nın girişimleriyle hazırlanan ICSID, 1965 yılında imzalanmıştır. ICSID ile yatırım uyuşmazlıklarının çözümü için milletlerarası bir tahkim merkezi kurulmuştur. ICSID Tahkim Merkezi'nin amacı, antlaşmada yer alan hükümler doğrultusunda yatırıma ev sahipliği yapan âkit devlet ile diğer âkit devletlerin vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların uzlaştırma ve tahkim yolu ile çözümü için çalışmaktır⁶.

Odalar ve Borsalar Kanunu'na istinaden Türkiye'de 1994 yılında Alman Türk Sanayi ve Ticaret Odası (die Deutsch-Türkische Industrie- und Handelskammer) kurulmuştur. Alman Türk Sanayi ve Ticaret Odası, iki ülkeye ait olan tek odadır. Oda bünyesinde tahkim sistemi de oluşturulmuştur. Alman Türk Sanayi ve Ticaret Odası Tahkim Kuralları, 2012 yılında hazırlanmıştır. Dolayısıyla, Türkiye'deki Alman yatırımcılar ya da Almanya'daki Türk yatırımcılar, ticari işlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları, Alman Türk Sanayi ve Ticaret Odası tahkimine tabi kılabilirler.

⁵ Nuray EKŞİ, Yabancı Yatırımcılarla Yapılan “Yap-İşlet-Devret” Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıkların Milletlerarası Tahkim Yoluyla Çözümü, II(2005)1 Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 137-164.

⁶ ICSID tahkimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, ICSID Hakem Kararlarının Tanınması, Tenfizi ve İcrası, İstanbul 2009, s. 24 vd.; Nuray EKŞİ, Devletin Taraf Olduğu Tahkimlere İlişkin Temel Sorunlar, ICC IX. Milletlerarası Tahkim Semineri, 9 Nisan 2011, TOBB Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2012, s. 115 vd..

B. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Bu Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği'ne Göre Türkiye'de Yatırım Yapan Alman Vatanandaşlarına Sağlanan Güvenceler

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu⁷, 17.6.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu⁸ yürürlükten kaldırılmıştır (md. 5/c). 4875 sayılı Kanunun amacı, doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi, yabancı yatırımcıların haklarının korunması, yatırımlarda uluslararası standartlara uyulması ile ilgili esasları düzenlemektir. 4875 sayılı Kanun ile, mülga 6224 sayılı YSTK döneminde mevcut olan “izin ve onay” sisteminin, “bilgilendirme” sistemine dönüştürülmesi hedeflenmiştir. Kanunun kapsamına sadece doğrudan yabancı yatırımlar girmektedir. Buna karşın dolaylı yabancı sermaye yatırımları kapsam dışı tutulmuştur⁹.

4875 sayılı Kanuna ilişkin iki yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Bunlardan birincisi, Kanunun uygulanma şekline, diğeri yatırımlarda istihdam edilecek yabancı personele ilişkindir. 4875 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde¹⁰, Hazine Müsteşarlığı tarafından kamu kurum ve kuruluşlarından, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından ve meslek birliklerinden temin edilecek bilgiler; yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de kurulacak şirket ve şubelerden istenilecek belgeler; irtibat bürolarının kuruluşu ve işleyişi; yabancı yatırımcılar tarafından kurulacak şirket türleri düzenlenmiştir. Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik¹¹ ise, özellik arz eden yabancı

⁷ RG 17.6.2003/25141.

⁸ 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu (RG 23.1.1954/8615) 14 maddeden oluşmaktaydı. Kanuna göre, yabancı sermayenin Türkiye'de yatırım yapabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekiyordu. Bu şartlar şunlardı: Yatırımın, ekonomik gelişmeye yararlı olması; Türk özel sektörüne açık olan bir alanda yapılması; ülke çapında tekel teşkil eden faaliyetlerde bulunan kuruluşlarda çoğunluk hissesine sahip olmaması (mülga 6224 sayılı Kanun md. 1). Kanunun 2. maddesinde yabancı sermaye olarak kabul edilecek değerler sıralanmıştı. Türkiye'de yatırım yapan yabancı sermayeye tanınan imkânlar ise 3-7, 10. maddeler arasında düzenlenmişti. Kanunun verdiği görevleri yerine getirmek üzere Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Dairesi'nin kuruşuna ve çalışma usulüne 8. maddede yer verilmişti.

⁹ Nuray EKŞİ, Türkiye'de Yapılan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme, I(2004)2 YÜHFD, s. 170.

¹⁰ RG 20.8.2003/25205.

¹¹ RG 29.8.2003/25214.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

yatırımlarda çalıştırılacak yabancı kilit personele ilişkin hükümler içermektedir.

Kimlerin yabancı yatırımcı sayılacağı 4875 sayılı Kanunun 2. maddesinde sıralanmıştır. Bu maddede

- (1) yabancı devlet vatandaşlığına sahip gerçek kişiler,
- (2) yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları,
- (3) yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler,
- (4) uluslararası kuruluşlar

yabancı yatırımcı olarak kabul edilmiştir. Türk vatandaşlarının yabancı yatırımcı sayılabilmeleri için yurt dışında ikamet etmeleri gerekir. Türk vatandaşlarının yurt dışında ikamet sahibi olup olmadıkları Medenî Kanuna göre belirlenmeyecektir. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nde¹², ikametgâhın yurt dışında olduğunun tespiti açısından farklı bir kriterden hareket edilmiştir. Yönetmeliğin 10. maddesinde yurt dışında ikamet ettiğini çalışma veya ikamet izni ile belgeleyen Türk vatandaşlarının yabancı yatırımcı sayılacakları ifade edilmiştir. Böylece, bir Türk vatandaşının, yabancı yatırımcı statüsünü kazanması için, yurt dışında yerleşme niyetiyle oturması değil, çalışma izni veya ikamet izni almış olması yeterli sayılmıştır¹³.

4875 sayılı Kanunun 2. maddesi uyarınca, Türkiye'de yatırım yapacak gerçek veya tüzel kişinin yabancı olması yeterli değildir. Ayrıca, yatırım için gerekli sermayeyi yurt dışından getirmesi gerekir. O halde Türkiye'de yatırım yapacak gerçek kişi Alman vatandaşları ile Almanya'da Alman kanunlarına göre kurulan şirketlerin, Türkiye'de yapacakları yatırım için gerekli sermayeyi yurt dışından getirmeleri gerekmektedir. Bir yatırımın yabancı sermaye yatırımı sayılabilmesi için, bu yatırıma ilişkin değerlerin "yabancı yatırımcı" tarafından getirilmesi; "yurt dışından" getirilmesi veya yurt içinden sağlanması ve Kanunda sayılan kategorilerden birine girmesi gerekir.

4875 sayılı Kanun'da, yurt dışından getirilen, TCMB tarafından alım satımı yapılan konvertibl para şeklindeki nakit sermaye, devlet tahvilleri hariç şirket menkul kıymetleri, makine ve teçhizat, fikrî ve sınaî mülkiyet hakları yabancı sermaye olarak kabul edilmiştir. Türkiye'den sağlanan ve

¹² RG 20.8.2003/25205.

¹³ EKŞİ, Türkiye'de Yapılan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme, 171.

yatırıma dönüştürülen bazı değerler de yabancı sermaye kapsamına alınmıştır. Bu değerler şunlardır: Yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı ve malî değeri olan yatırımlarla ilgili diğer haklar; doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî kıymetler. Ancak doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklarla ilgili iktisadî kıymetlerin yabancı sermaye olarak kabul edilebilmesi için, bu kıymetler aracılığıyla yeni bir şirket kurulması veya şube açılması veya menkul kıymet borsaları dışında hisse edinilmesi veya menkul kıymet borsalarından en az %10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olunması gerekir¹⁴.

4875 sayılı Kanunda, mülga 6224 sayılı Kanunun 1. maddesinde aranan şartlara yer verilmemiştir. Diğer bir anlatımla, yatırımın, ekonomik gelişmeye yararlı olması; Türk özel sektörüne açık olan bir alanda yapılması; ülke çapında tekel teşkil eden faaliyetlerde bulunan kuruluşlarda çoğunluk hissesine sahip olmaması aranmamıştır. Milletlerarası antlaşmalar ve özel kanun hükümleri ile aksi öngörülmedikçe Türkiye’de doğrudan yabancı yatırımların serbest olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, yabancı yatırımcılarla yerli yatırımcılar arasında eşitlik esasına yer verilmiş; karşılığı ödenmedikçe yatırımın kamulaştırılmayacağı belirtilmiş; uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak mahkemeye müracaat yolunun yanı sıra millî veya milletlerarası tahkime başvuru olanağı getirilmiştir (4875 sayılı Kanun md. 3). Yabancı yatırımcıların Türkiye’deki faaliyetlerinden elde ettikleri her tür gelirin yurt dışına transfer edilmesi serbestisi aynen muhafaza edilmiştir (4875 sayılı Kanun md. 3/c). Kanunda, yabancı sermaye olarak sayılacak değerlerin kapsamı genişletilmiş, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî kıymetler de bazı şartlarla yabancı sermaye kavramına dahil edilmiştir (4875 sayılı Kanun md. 2/2). Yabancı sermaye yatırımlarının, kamu yararı gerektirmedikçe ve karşılıkları ödenmedikçe kamulaştırılmayacağı veya devletleştirilemeyeceği belirtilmiştir (4875 sayılı Kanun md. 3/b). Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği, yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketlerin türlerini, yürürlükten kaldırılan mevzuata nazaran, genişletmiştir. Yönetmeliğin 9. maddesine göre, yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketler, TTK’da düzenlenen

¹⁴ EKŞİ, Türkiye’de Yapılan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme, 172.

şirketler ile BK’da düzenlenen adî şirketlerdir. Adî ortaklık, konsorsiyum, iş ortaklığı, ortak girişim gibi isimler altında sözleşmeye dayalı olarak kurulan ve TTK’da düzenlenen şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıklar, yabancı sermaye mevzuatı açısından adî ortaklık sayılırlar. 4875 sayılı Kanunun 3/g maddesinde ise, yabancı sermaye ile kurulan şirket, şube ve kuruluşlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu personele, çalışma izinin, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından verileceği ifade edilmiştir. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile yabancı sermayeli şirket, şube kuruluşu ya da iştiraklerde ön izin alma zorunluluğu kaldırılmıştır. 4875 sayılı Kanun, bu işlemlerle ilgili bilgi verme yükümlülüğünü getirmektedir. Daha önce alınan, şirket ve şube kuruluş izni; yerli şirketlere yabancıların iştirak izni; yatırım izni; şirket faaliyet konusu değişikliklerine ilişkin izinler; sermaye artışı ve hisse devri izinleri; dolaylı iştirak izinleri; lisans, know-how, teknik yardım, franchise anlaşmalarının tescili izinleri artık alınmayacaktır. Yabancı yatırımcılar tarafından kurulacak şirket ve şubelerden istenilecek bilgiler 4875 sayılı Kanunun uygulama Yönetmeliğinde sayılmıştır¹⁵.

II. Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması

Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması¹⁶, 2011 yılında Berlin’de imzalanmış ve 1 Ağustos

¹⁵ EKŞİ, Türkiye’de Yapılan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme,173-180.

¹⁶ Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması ile Eki Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun No. 6263, Kabul Tarihi: 23.12.2011 (RG 27.12.2011/28155)

Madde 1- (1) 19 Eylül 2011 tarihinde Berlin’de imzalanan “Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması” ile eki “Protokol”ün onaylanması uygun bulunmuştur.

Madde2- (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 3- (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

Karar Sayısı: 2012/2695: 19 Eylül 2011 tarihinde Berlin’de imzalanan ve 23.12.2011 tarihli ve 6263 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli “Türkiye Cumhuriyeti ile

2012 yılında yürürlüğe girmiştir. Antlaşmanın 30. maddesi uyarınca, Antlaşmada yer alan hükümler, geçmişe yönelik olarak 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren uygulanacaktır. Antlaşma, her iki ülkenin vatandaşlarının ticari ve sınai yatırımlarının çifte vergilendirilmesini önlemek; her iki ülke yatırımcıları açısından Türkiye ve Almanya'yı daha cazip hale getirmek için hazırlanmıştır. Antlaşmada yer alan bazı maddelerin yorumuna ilişkin kurallar, Antlaşmanın ekinde yer alan bir Protokol ile düzenlenmiştir.

31 maddeden oluşan Antlaşma, âkit devletlerden birinde veya her ikisinde mukim olan kişileri (md. 1) ve sadece gelir üzerinden alınan vergileri (md. 2) kapsamaktadır. Antlaşmada, gayrimenkul varlıklarından elde edilen gelirlerin, ticari kazançların, deniz ve hava taşımacılığı kazançlarının, bağımlı teşebbüslerin kazançlarının, temettülerin, faizin, gayrimaddi hak bedellerinin, sermaye değer artışı kazançlarının, serbest meslek faaliyetlerinden ve bağımlı kişisel faaliyetlerden elde edilen gelirin, yöneticilere yapılan ödemelerin, sanatçı ve sporcuların gelirlerinin, emekli maaşlarının, kamu hizmetlerinden elde edilen gelirlerin, öğretmen ve öğrencilere yapılan ödemelerin ve diğer gelirlerin, hangi âkit devlette vergilendirileceği ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Antlaşmada, Almanya ve Türkiye arasında, bilgi değişimi (md. 25), vergilerin tahsilâtında yardımlaşma öngörülmüş (md. 26) ve kaynakta vergilendirme usulüne ilişkin kurallar (md. 27) da düzenlenmiştir. Almanya ile Türkiye arasında vergilerin tahsilinde karşılıklı yardımlaşmanın sağlanması, özellikle iki ülkenin vergi kayıp ve kaçacağı ile daha etkin bir şekilde mücadele etmesi açısından önem taşımaktadır. Antlaşmada ayrıca, harçlardan muafiyet başta olmak üzere diplomatik ve konsolosluk memurlarına milletlerarası antlaşmalarla tanınan hakların, Antlaşma hükümlerinden etkilenmeyeceği ifade edilmiştir (md. 28).

Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın 12.10.2012 tarihli ve 2012/1 sayılı Sirküleri'ne göre, "Anlaşma hükümlerinden yararlanmak isteyen Anlaşmaya taraf devlet mukimi gerçek veya tüzel kişilerin, mukim oldukları ülkenin yetkili makamlarından mukimlik belgesi almaları ve bu

Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması" ile eki "Protokol"ün onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 15.1.2012 tarihli ve HUM/6720296 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 16.1.2012 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 24.1.2012/28183).

mukimlik belgesini diğer ülke yetkililerine ibraz etmeleri gerekmektedir. Anlaşma'nın eki Protokolün 9. maddesinde, Anlaşmaya taraf devletlerin yetkili makamlarının mukimlik belgesine ilişkin ortak bir form oluşturacaklarına ilişkin bir hüküm yer almakla birlikte Almanya yetkili makamları ile Anlaşma'nın yürürlüğe girmesini müteakip yapılan görüşmeler sonucunda iki ülkenin de kendi mukimlik belgesi formatını kullanması yönünde anlaşmaya varılmıştır. Bu kapsamda, Almanya'da faaliyet gösteren Türkiye'de mukim gerçek veya tüzel kişilerin, Anlaşmada yer alan düşük oranlardan vergilendirilmek veya iç mevzuat hükümlerine göre fazla ödenen verginin iadesi için Almanya yetkili makamlarından alacakları forma ek olarak ülkemiz yetkili makamlarından alınacak "Mukimlik Belgesi"ni Almanya'daki yetkili idareye (Federal Merkezi Vergi İdaresi–Federal Central Tax Office Division St III–53221 Bonn, Almanya) ibraz etmeleri gerekmektedir. Türkiye mukimi gerçek veya tüzel kişilerin Anlaşma hükümlerinden yararlanabilmek için mukimlik belgesi başvurularını, 13 Şubat 2007 tarih ve ÇVÖA/2007-1 sayılı Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Sirküleri çerçevesinde, Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı mükellefi olmaları durumunda Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı'na, diğer durumlarda ise Gelir İdaresi Başkanlığı'na yapmaları gerekmektedir¹⁷.

Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları, kapsamlarına giren gelir unsurları itibariyle vergilendirme yetkisini duruma göre anlaşmaya taraf devletlerden birine vermekte ya da vergilendirme yetkisini taraf devletler arasında paylaşmaktadır. Türkiye ile Almanya arasındaki gelir üzerinden çifte vergilendirmenin önlenmesi antlaşması ile vergilendirme hakkı, kural olarak, geliri elde eden kişinin mukim olduğu âkit devlete verilmiştir. Ancak bazı konularda bu kurala istisna getirilmiştir.

Antlaşmanın önemli bir özelliği de, bir âkit devletteki tüzel kişinin, diğer âkit devlette 6 aydan kısa süren inşaat, yapım, montaj veya kurma projesi veya bunlarla ilgili gözetim faaliyetleri ile yine 6 ayı aşmayan danışmanlık hizmetleri de dahil hizmet tedariklerinin, faaliyetin icra edildiği ülkede vergilendirilmemesi esasını benimsemesidir. Antlaşmanın 5. mad-

¹⁷ T.C. Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Sirküleri/2, Konusu: Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması, Tarihi: 12 Ekim 2012, Sayısı: 2012/1.

desi, işyeri kavramını tanımlamıştır. Bu tanımın aksi yorumundan 6 aydan kısa süreli inşaat yapımının, montajının, kurma projesinin, bunlarla ilgili gözetim ve danışmanlık hizmetlerinin, faaliyetin yapıldığı âkit devlette değil diğer âkit devlette vergilendirileceği anlaşılmaktadır. Antlaşmanın 5. maddesine göre, bir âkit devlet tüzel kişisinin diğer âkit devlette 6 ayı aşan inşaat, yapım, montaj veya kurma projesi veya bunlarla ilgili gözetim faaliyetleri ile herhangi bir 12 aylık sürede toplam 6 ayı aşan bir süre veya sürelerde devam eden danışmanlık hizmetleri de dahil hizmet tedarikleri açısından faaliyetin yapıldığı yer iş yeri sayılacak ve söz konusu hizmet tedarikleri, faaliyetin yerine getirildiği ülkede vergilendirilecektir.

III. Türkiye ile Almanya Arasında Deniz Ticareti Alanında İşbirliği Anlaşması

Ankara'da 26.3.1981 tarihinde imzalanan Deniz Ticareti Alanında İşbirliği Anlaşması¹⁸ uyarınca, Almanya ve Türkiye, deniz ticareti alanındaki ilişkileri eşitlik, karşılıklı yarar ve deniz seyrüseferi serbestisi prensipleri esası dahilinde geliştirmek için işbirliğinde bulunmayı kabul etmişlerdir (md. 1). Antlaşmanın 16. maddesinde, âkit tarafların deniz hukuku ve deniz taşımacılığı konusunda taraf oldukları antlaşmalardan doğan hakları ve sorumlulukları saklı tutulmuştur. Antlaşmanın 14. maddesinde, antlaşmanın yerine getirilmesinden her iki devletin ulaştırma bakanlıkları sorumlu kılınmıştır. Antlaşmada, yabancı gemi adamlarının ülkeye girişi ve kalışı konusunda âkit devletlerin millî mevzuatına atıf yapılmıştır (md. 12). Ayrıca Antlaşma hükümleri, liman hizmetleri, kabotaj, pilotaj, kurtarma ve yedekte çekme gibi her âkit devletin millî kanunları ve mevzuatına uygun olarak kendi makamları ve şirketleri için mahfuz tuttuğu faaliyetlere uygulanmayacaktır (md. 10). Kısaca “Kabotaj Kanunu” olarak anılan Türkiye Sahillerinde Nakliyat-ı Bahriye (Kabotaj) ve Limanlarla Kara Suları Dahilinde İcra-i Sanat ve Ticaret Hakkında Kanun¹⁹ ile, liman hizmetleri, kabotaj,

¹⁸ Karar Sayısı: 8/2806: Hükümetimizle Demokratik Almanya Cumhuriyeti Hükümeti arasında 26 Mart 1981 tarihinde Ankara'da imzalanan ekli “Deniz Ticareti Alanındaki İşbirliği Anlaşması”nın onaylanması; Dışişleri Bakanlığı'nun 8.4.1981 tarihli ve İEİD: 300-820.1/81-562 sayılı yazısı üzerine, 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü ve 5 inci maddelerine göre, Bakanlar Kurulunca 28.4.1981 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 3.6.1981/17359).

¹⁹ Kanun No: 815, Kabul Tarihi: 19.4.1926, RG 28.4.1926/358.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

pilotaj, kurtarma ve yedekte çekme hizmetleri Türk vatandaşlarına hasredilmiştir.

Antlaşma kapsamında, âkit taraflardan birinin gemisi, ilgili âkit devletin ülkesinde bu devletin ulusal yasaları ve mevzuatına uygun olarak tescilli, bu devletin bayrağını taşıyan ve ticari amaçlarla çalıştırılan ticaret gemisini ifade eder (md. 2/a). Gemi adamı kavramı ise, kaptan ve geminin mürettebat listesinde adı bulunan ve sefer sırasında gemide olup geminin seyrüseferi, ticari amaçlarla kullanımı ve bakımı ile ilgili mükellefiyetlerin yerine getirilmesiyle uğraşan herhangi bir şahıs anlamındadır.

Antlaşmanın 3. maddesi uyarınca, âkit taraflar, Almanya ile Türkiye arasında yük taşınmasında kendi gemilerinin kullanılmasını teşvik edecekler ve diğer âkit devletin gemilerinin uluslararası deniz taşımacılığına katılmalarını kısıtlayabilecek herhangi bir önlem almayacaklardır. Antlaşmada ayrıca, âkit devletlerin, merkezi kendi ülkelerinde bulunan deniz şirketlerine, diğer âkit devlette bulunan şirketlerle taşımacılık, acentelik hizmetleri veya diğer ticari ya da teknik organizasyon konularında işbirliği yapmalarını tavsiye etmeleri öngörülmüştür.

Âkit devletlerden her birinin gemileri, gemi adamları, yolcuları ve yükü diğer âkit taraf ülkesinin karasularına ve limanlarına, giriş, kalış, limanlardan çıkış, limanların yükleme ve boşaltma için kullanılması, yolcuların gemiye binmeleri, gemiden inmeleri ve tüm ticari muamelelerin yapılması hususları ile ilgili her bakımdan, ve aynı zamanda ticari seyrüsefer için tasarlanmış tüm kolaylıkların kullanılması bakımından, kendileri için ulusal rejimin hükümlerinin konması suretiyle kabul edileceklerdir (md. 4/1).

Yedekte çekme, kurtarma ve yardım, pilotaj, deniz kirlenmesinin önlenmesi, denizde balık avlanma gibi ve aynı zamanda yabancıların giriş ve kalış müsaadeleri gibi âkit taraflarca kanunen mahfuz tutulan tüm faaliyetler, nakliye ve liman hizmetleri millî kanunlar ve mevzuata tabi olacaktır (md. 4/2). Kabotaj Kanunu'nda denizde balık avlanma, pilotaj, çekme ve kurtarma ile ilgili faaliyetlerde yabancılara kısıtlama getirilmiştir.

Kendi devletlerinin limanlarında ticaret gemilerinin muamele ve kalış sürelerini kısaltmak ve yürürlükteki tüm idarî, gümrük ve sağlık formalitelerinin yerme getirilmesini basitleştirmek üzere, millî mevzuat ve liman mevzuatı çerçevesi dahilinde âkit devletler imkanlarına uygun olarak gerekli tedbirleri alacaklardır (md. 5).

Âkit devletler, bu gemilerdeki dokümanlarla tespit edilen, kendi millî kanunları ve mevzuatına uygun olarak diğer âkit tarafın yetkili makamları tarafından çıkarılmış olan diğer âkit taraf gemilerinin uyruğunu kabul edecektir. Geminin mürettebatına alt dokümanlar dahil, âkit taraflardan her birinin yetkili makamlarınca çıkarılmış veya kabul ve tasdik edilmiş olan gemide taşınan dokümanlar diğer âkit tarafın yetkili makamları tarafından kabul edilecektir. Âkit taraflarca müştereken kabul edilen uluslararası ölçü mevzuatına uygun olarak çıkarılmış olan gemi ölçü dokümanları karşılıklı olarak tanınacaktır.

Âkit devletler, tonaj ölçümüne ilişkin bir uluslararası konvansiyona üye olacakları tarihe kadar, ulusal tonaj sertifikalarını karşılıklı olarak tanımak suretiyle kendi ülkelerinde yürürlükte olan tatbikatı uygulamaya devam edeceklerdir (md. 6).

Âkit devletlerden birinin karasularında, iç sularında ve aynı zamanda limanlarında, diğer âkit tarafın gemileri, mürettebatı, yolcuları ve yükleri ilgili mevzuata, özellikle yükleme ve boşaltma mevzuatına, trafik ve güvenlik mevzuatına, aynı zamanda kamu politikasına ve hudut, gümrük, döviz, sağlık, baytarlık ve nebat sağlığı (phytosanitary) mevzuatına tabi olacaktır. Âkit taraflardan birinin karasularında, iç sularında ve aynı zamanda limanlarında diğer âkit tarafın gemileri, bayrağım taşıdıkları devlette geçerli olduğu şekildeki, teçhizat, tesisatlar, gemi güvenlik mekanizmaları, ölçme ve geminin sefere elverişliliği hususlarında çıkarılmış olan mevzuata tabi olacaklardır (md. 7).

Âkit taraflardan birinin gemisi diğer âkit tarafın karasularında ve iç sularında kazaya uğradığı, battığı veya başka bir tehlikeye maruz kaldığı takdirde, bu âkit tarafın yetkili makamları tarafından kendi gemilerine uygulanabilen aynı muavenet ve yardım, gemi, mürettebat, yolcular ve yük için temin edilecektir. Kazaya uğrayan geminin yükü ve erzakı bakımından, karasuları ve iç sularında gemi kazasının meydana gelmiş olduğu âkit taraf devletinin millî kanunları ve mevzuatı uygulanacaktır (md. 8).

Almanya'nın yetkili makamları kendi gemilerinin kaptanlarına, gemilerin İstanbul ve Çanakkale Boğazlarından geçişi ve Marmara Denizinde seyri hususunda Türk yetkili makamları tarafından ayrıntılı şekilde hazırlanacak ve tevdi edilecek olan tavsiyeleri bildireceklerdir (md. 9).

1981 yılında Almanya ile Türkiye arasında yapılan Deniz Ticareti Alanında İşbirliği Anlaşması'ndan sonra gerek Almanya gerekse Türkiye

denizcilik alanında yapılan bazı milletlerarası antlaşmalara da taraf olmuştur. Söz konusu çok taraflı antlaşmalar, çalışmamızda ele alınmayacaktır.

IV. Türkiye ile Almanya Arasındaki Milletlerarası Antlaşmalar Kapsamında Türk ve Alman Vatandaşlarına Adli Yargı Alanında Tanınan Haklar

A. Türkiye ile Almanya Arasındaki Adli Yardımlaşma Antlaşmasından Kaynaklanan Haklar

28.5.1929 tarihinde imzalanan ve 1930 yılında yürürlüğe giren Hukuki ve Ticari Mevaddı Adliyeye Müteallik Münasebatı Mütakabileye Dair Mukavelename²⁰, Alman vatandaşlarının Türkiye’de; Türk vatandaşlarının Almanya’da medenî hukuk ve ticaret hukuku alanında sahip oldukları hakların çerçevesini çizmektedir. Antlaşma, hukuki koruma (md. 1-8) ve tebligat (md. 9-17) olmak üzere iki temel konuyu düzenlemektedir. 1930 yılında yapılan Antlaşma, yapıldığı tarih itibariyle oldukça liberal hükümler öngörmektedir.

Antlaşmanın 1. maddesine göre, bir âkit devlet vatandaşı, diğer âkit devlette, gerek şahsının ve mallarının korunması gerekse yasal yollara başvuru konusunda diğer âkit devletin vatandaşlarıyla eşit muamele görecektir. Bir âkit devlet vatandaşı, diğer âkit devletin mahkemelerine serbestçe başvurabilecek; bu konuda, diğer âkit devletin vatandaşlarıyla aynı haklara sahip olacaktır. Antlaşmanın 2. maddesinde, yargılama masrafları ve karşı tarafın uğrayacağı muhtemel zararlar için, davanın açıldığı âkit devletin, “vatandaşlık”, “ikametgah” veya “mesken” esasına göre teminat talep edemeyeceği öngörülmüştür. O halde, bir âkit devlet vatandaşının diğer âkit devlette dava açması veya açılan bir davaya katılması halinde, dava açılan devletin vatandaşı olmaması ya da bu devlette ikametgâh veya meskeninin bulunmaması sebebiyle teminat yatırmak zorunda değildir.

²⁰ Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Hükümeti arasında Ankara’da 28 Mayıs 1929 tarihinde imza edilmiş olan Hukuki ve Ticari Mevaddı Adliyeye Müteallik Münasebatı Mütakabileye Dair Mukavelename Hakkında Kanun, Kanun No: 1622, Kabul Tarihi: 75.5.1930 (RG 4.6.1930/1511)

Madde 1- Hükümeti Cumhuriyeti ile Almanya Hükümeti arasında Ankara’da 28 Mayıs 1929 tarihinde imza edilmiş olan Hukuki ve Ticari Mevaddı Adliyeye Müteallik Münasebatı Mütakabileye Dair Mukavelename tasdik edilmiştir.

Madde 2- Bu Kanun neşri tarihinden muteberdir.

Madde 3- Bu Kanunun icrasına Hariciye Vekili memurdur.

Adli Yardım Antlaşması'nda, yargılama giderleri konusunda âkit devletlerin mahkemeleri tarafından verilen kararların tenfizi düzenlenmiştir. Adli Yardım Antlaşması'nın 3. maddesine göre, âkit devletlerden birinin toprağında verilmiş olan yargılama giderlerine ilişkin ilamlar, diğer âkit devletin yetkili makamları tarafından tenfiz edilecektir. Tenfiz talebi diplomatik yollarla yapılabileceği gibi doğrudan yetkili makamlara da yapılabilir. Yargılama harç ve masraflarına ilişkin kararların, tenfiz devletinin kanunları uyarınca tenfiz dileceği; aleyhine tenfiz istenen taraf dinlenmeksizin tenfiz kararı verileceği; ancak aleyhine tenfiz istenen tarafın tenfiz kararına itiraz edebileceği (md. 4) ifade edilmiştir. Yargılama harç ve masraflarına ilişkin kararın tenfizinde aranılacak şartlar Adli Yardım Antlaşması'nın 4(2). maddede sayılmıştır. Bu şartlar şunlardır: (1) kararın, verildiği devletin hukukuna göre kesinleşmiş olması; (2) kararın hüküm fıkrasının usulüne uygun tercümesinin yapılması, (3) kararın verildiği devletin yetkili makamının kararın kesinleştiğine ilişkin bir şerh vermesi ve bu şerh ile şerhin usulüne göre yapılmış tercümesinin sunulması gerekir. Tenfiz talebinde bulunan tarafın talebi halinde, tenfiz istemine ilişkin dilekçeye eklenen belgelerin tercümesine ilişkin masraflar da yargılama harç ve masrafları kapsamında tenfiz edilecek miktara dahil edilecektir.

Almanya ile Türkiye arasında yapılan Adli Yardımlaşma Antlaşması'nın 5. maddesine göre, bir âkit devletin vatandaşı diğer bir âkit devlette dava açarsa, adli yardımdan yararlanacaktır. Böylece, Almanya'da dava açan Türk vatandaşlarının veya Türkiye'de dava açan Alman vatandaşlarının maddî durumunun iyi olmaması halinde yargılama giderleri devlet tarafından karşılanacaktır. Sağlanacak adli yardım, vatandaşlara sağlanan adli yardım ile aynı koşullara tabidir.

Almanya ile Türkiye arasında yapılan adli yardımlaşma antlaşmasında, tebligat da düzenlenmiştir. O halde Türkiye'den Almanya'ya, Almanya'dan Türkiye'ye yapılacak olan tebligatlar açısından adli yardımlaşma antlaşması uygulanabilecektir. Almanya ile Türkiye arasındaki adli yardımlaşma antlaşmasındaki tebligat hükümleri aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

B. Türk ve Alman Vatandaşlarının Açacakları Davalarda ve Yapacakları İcra Takiplerinde Teminattan Muaf Tutulmaları

Davacının teminat yatırmasına ilişkin olarak iki ayrı kanunda hüküm vardır. Bu kanunlardan birincisi HMK; ikincisi ise MÖHUK'dur. HMK'nın 84. maddesinde hangi hallerde davacının teminat yatıracığı düzenlenmiştir. Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya icra takibi yapması halinde de teminat gösterme yükümlülüğü bulunmaktadır. HMK'nın 84. maddesinin (a) bendi uyarınca, Türkiye'de oturmeyan Türk vatandaşlarının, Türk mahkemelerinde dava açması veya davaya katılması halinde teminat yatırmaları gerekmektedir. Açılacak olan davanın niteliği önemli değildir. Dolayısıyla Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşı, Türkiye'de açacağı özel hukuka ilişkin davalarda teminat yatırmakla yükümlüdür. HMK'nın 85. maddesinde, Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının teminat yatırmayacağı haller düzenlenmiştir. Bu haller şunlardır: (1) Davacının adli yardımdan yararlanması, (2) davacının, yurt içinde istenen teminatı karşılamaya yeterli taşınmaz malının veya aynı teminatla güvence altına alınmış bir alacağının bulunması, (3) davanın, sırf küçüğün menfaatlerini korumaya yönelik olarak açılmış olması, (4) ilama bağlı alacak için ilamlı icra takibi yapılmış olması. 6100 sayılı HMK'da, yabancı davacılar, davaya katılanlar veya icra takibinde bulunanlar açısından teminat yatırma yükümlülüğünün MÖHUK'un 48. maddesi ile düzenlendiği dikkate alınarak teminat yatıracaklar arasında sadece Türkiye'de mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşları sayılmıştır. Dolayısıyla, 85. maddede teminat yatırma yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir sebep olarak mütakabiliyet ilkesine yer verilmemiştir.

HMK'nın yanı sıra, MÖHUK'da da yabancılik unsuru taşıyan davalarda davacı tarafından yatırılacak teminata ilişkin bir hüküm yer almaktadır. 5718 sayılı MÖHUK'un 48. maddesine göre, Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır. Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklık esasına göre teminattan muaf tutar.

HMK'dan farklı olarak MÖHUK'un 48. maddesi uyarınca teminat yatırma yükümlülüğü, yabancılar açısından getirilmiştir. Türkiye'de dava

açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancılar teminat yatırmak zorundadırlar. MÖHUK'un 48. maddesinde yer alan "yabancı" kavramı, hem gerçek kişi yabancıları hem de tüzel kişi yabancıları ifade etmektedir. Yargıtay kararlarında da davacı ya da karşı davacının yabancı tüzel kişi olması halinde de teminat yatırması gerektiği belirtilmiştir²¹. O halde kural olarak Türkiye'de dava açan Alman vatandaşları ve tüzel kişileri de teminat yatırmakla yükümlüdür. 5718 sayılı MÖHUK'un 48. maddesinde yer alan teminatın yatırılıp yatırılmadığını Türk mahkemesi veya icra organları re'sen dikkate almak zorundadırlar. Yargılamanın her aşamasında dikkate alınacak olan bu husus, temyizde de bozma sebebidir. Nitekim Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 28.3.2010 tarihli kararında²² 5718 sayılı MÖHUK'un 48. maddesi uyarınca teminat yatırılmasının re'sen dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.

Yabancı davacının veya davaya katılanın teminat yatırmadığının, itiraz üzerine veya re'sen anlaşılması halinde, mahkeme teminat yatırması için davacıya kesin bir süre verir. 5718 sayılı MÖHUK'da bu yönde bir hüküm yoktur ve teminat yatırılmamasının sonuçları düzenlenmemiştir. Yargıtay, teminat yatırmamış olan yabancı davacıya süre verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 18.1.2010 tarihli kararında²³, kayımlığın kaldırılması talebinde bulunan davacıların Yunan uyruklu olmaları sebebiyle teminattan muaf olup olmadıkları araştırılarak, teminat göstermek zorunda iseler mahkemece belirlenecek teminat tutarını yatırmaları için davacılara önel verilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Ancak MÖHUK'un 48(2). maddesi uyarınca yabancıların teminattan muaf tutulabilmesi için, mütekebbiliyetin gerçekleşmesi gerekir. Mütekebbiliyetin üç türü vardır: (1) antlaşmaya dayanan mütekebbiliyet, (2) kanunî mütekebbiliyet ve (3) fiili mütekebbiliyet. Türkiye'nin taraf olduğu bazı milletlerarası antlaşmalarda teminattan muafiyete ilişkin hükümler yer almaktadır. Türkiye'nin de taraf olduğu 1954 Hukuk Usulüne Dair Lahey Söz-

²¹ Yargıtay kararları için bkz. Nuray EKŞİ, Dava Açan veya İcra Takibinde Bulunan Yabancıların Teminat Yükümlülüğüne İlişkin Olarak 2012-2013 Yıllarında Verilen Bazı Yargıtay Kararları, III(2014)2 UTTDER, s. 311-324.

²² 18. HD, E. 2009/14651, K. 2010/4815, T. 29.03.2010: Nuray EKŞİ, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007, s. 56-57.

²³ 2. HD, E. 2009/10521, 2010/728, T. 18.01.2010 EKŞİ, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, 55-56.

leşmesi'nin²⁴ 17. maddesinde, âkit devletlerin, diğer âkit devletlerin vatandaşlarından yabancı olmaları veya o memlekette ikametgâh veya meskenleri bulunmaması sebebiyle, ne isim altında olursa olsun, herhangi bir teminat veya depozito istemeyecekleri öngörülmüştür. Ayrıca nafakaya ilişkin çok taraflı antlaşmalarda da teminattan muafiyete ilişkin hükümler bulunmaktadır. Hukuk Usulüne Dair Lahey Antlaşması, Almanya için 1.1.1960 tarihinde; Türkiye için 11.7.1973 tarihinde bağlayıcılık kazandığından her iki devletin vatandaşları da teminat yatırmaktan muafır.

Çok taraflı antlaşmaların yanı sıra iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmalarının önemli bir kısmında teminat muafiyeti getirilmiştir. Nitekim Almanya ile Türkiye arasında yapılan adli yardım antlaşmasının 2. maddesinde teminat muafiyeti öngörülmüştür. O halde, Türkiye'de dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan Alman vatandaşları teminat yatırmaktan muafır.

C. Almanya ile Türkiye'nin Taraf Olduğu Antlaşmalar Uyarınca Türkiye'den Almanya'ya ve Almanya'dan Türkiye'ye Tebligat

Milletlerarası tebligat ya da yurt dışı tebligatın zaman alması, davanın uzamasına sebep olmaktadır. Bu sebeple, yurt dışı tebligatın mümkün olduğunca seri bir şekilde ve usulüne uygun olarak yapılması gerekir. Yurt dışı tebligatın hızlı bir şekilde yapılması ise ancak devletler arasında bu konuda yapılan antlaşmalarla mümkün olmaktadır. Türkiye ve Almanya, milletlerarası tebligata ilişkin hükümler içeren çok taraflı antlaşmaları onaylamış ve milletlerarası tebligatı da kapsayan iki taraflı adli yardımlaşma antlaşması yapmıştır.

²⁴ Hukuk Usulüne Dair Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunması hakkında Kanun, Kanun No: 1574, Kabul Tarihi: 14.3.1972 (RG 23.3.1972/14137)

Madde 1- 1 Mart 1954 tarihinde La Haye'de akdedilen Hukuk Usulüne Dair Sözleşmeye katılmamız uygun bulunmuştur.

Madde 2- Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 3- Bu kanunu Bakanlar Kurulu yürütür.

Karar Sayısı: 7/4283: 14.3.1972 tarih ve 1574 sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan ilişik "Hukuk Usulüne Dair Sözleşme"ye, onay belgesinin tevdi tarihinden 60 gün sonra yürürlüğe girmek üzere, katılmamız; Dışişleri Bakanlığının 4/4/1972 tarih ve KOSSB-750-004-397 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarih ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulunca 13.4.1972 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 23.5.1972/14194).

1. Adli Yardımlaşma Antlaşmasına Göre Türkiye'den Almanya'ya ve Almanya'dan Türkiye'ye Tebligat

Türkiye ile Almanya arasındaki adli yardım antlaşmasında, diplomatik tebligat yolu öngörülmüştür. Adli yardım antlaşmasının 9. maddesine göre, medeni ve ticari konularda bir âkit devletten diğer bir âkit devlette bulunan şahsa yapılacak olan tebligat evrakı, gönderen devletin tebligatın yapılacağı ülkedeki konsolosuna gönderilecek; söz konusu konsolosluk o ülkede tebligatları yapmakla yükümlü olan makama tebliğ evrakını teslim edecek; tebligat talebini alan makam, tebligatı yaptığına veya yapamadığına ilişkin bir evrak tanzim edecektir (md. 10-11). Tebligat talebi, tebligatı gerçekleştirecek olan devletin kamu düzeni, kamu güvenliği veya yargı egemenliğine aykırı ya da tebligat konusu işlemin icrası adli makamların yetkileri kapsamına girmeyen bir hususa ilişkin olursa, reddedilebilir (md. 15). Adli yardımlaşma antlaşmasının 17. maddesine göre, âkit devletlerden her biri diğer devletin toprağında bulunan vatandaşlarına diploması ve konsolosluk memurları vasıtasıyla doğrudan doğruya ve hiç bir suretle cebir kullanmaksızın tebligat ifa ettirmek hakkını haizdir.

2. Hukuk Usulüne Dair Lahey Sözleşmesi'ne Göre Türkiye'den Almanya'ya ve Almanya'dan Türkiye'ye Tebligat

1954 yılında Lahey'de yapılan ve 1972 yılında Türkiye tarafından onaylanan Hukuk Usulüne Daire Lahey Sözleşmesi'nin 1-8. maddeleri arasında milletlerarası tebligat düzenlenmiştir. 1954 Lahey Sözleşmesi, Almanya için 1.1.1960 ve Türkiye için 11.7.1973 tarihinde bağlayıcılık kazanmıştır. Hukuk Usulüne Dair Sözleşmeye göre, tebliğ edilecek evrak, konsolosluk aracılığıyla tebligatın yapılacağı ülkedeki yetkili makamlara gönderilecektir. Bu makamlar, kendi hukuklarının öngördüğü şekilde tebligatı gerçekleştirecektir. Ülkesinde tebligat yapılacak devletin egemenliği veya güvenliğini haleldar edecek mahiyette olan tebligatların yapılması reddedilebilir (md. 4). Hukuk Usulüne Dair Sözleşme'nin 6. maddesine göre, Sözleşme'de öngörülen diplomatik tebligat usulü, (1) evrakın yabancı memlekette bulunan alâkalılara doğrudan posta ile göndermek hakkına; (2) alâkalıların tebligatı, doğrudan evrakın gönderildiği memleketin noterleri veya selâhiyetli memurları vasıtası ile yaptırımları hakkına; (3) her devlet için yabancı memlekette bulunan kimselere tebligatı, diploması memurları veya konsolosları vasıtası ile doğrudan yaptırmak hakkına hâlel getirmez.

3. Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme Uyarınca Türkiye'den Almanya'ya ve Almanya'dan Türkiye'ye Tebligat

1965 yılında Lahey'de imzalanan ve kısaca "1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi" olarak anılan Hukuki veya Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme'yi, Türkiye, 1972 yılında onaylamıştır²⁵. Almanya, 1965 Lahey Tebligat Sözleşmesini, 27.4.1979 tarihinde onaylamıştır. 1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi, âkit devletler arasında adli olan ve olmayan evrakın tebliğini düzenlemektedir. 1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin uygulanabilmesi için, tebligat yapılacak olan kişinin adresinin bilinmesi gerekmektedir. Eğer adresi bilinmiyorsa, Sözleşme uygulanmaz (1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi md. 1). 1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi, 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Sözleşmeye de taraf olan devletler arasında özel nitelikte hükümler taşıması nedeniyle önceliğe sahiptir. Nitekim 1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin 22. maddesinde, her iki Sözleşmeye taraf olan devletler bakımından Tebligat Sözleşmesi'nin, 1954 Hukuk Usulüne Dair Sözleşme'nin 1-7. maddeleri arasındaki hükümlerin yerini alacağı belirtilmiştir.

1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi'nde, yurt dışı tebligat için üç yol öngörülmüştür: (1) diplomatik yolla tebligat, (2) merkezi makamlar aracılığıyla tebligat ve (3) doğrudan posta yoluyla tebligat. Türkiye, 1965 tarihli Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin 8. ve 10. maddelerine çekince koyarak, diplomatik memurların ve konsolosluk görevlilerinin sadece kendi vatandaşlarına tebliğ yapabilme yetkilerini kabul etmiş, 10(a) maddesinde belirtilen doğrudan posta yoluyla tebligat usulünü ise reddetmiştir.

1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca, âkit devletlerden her biri adli belgelerin, diğer âkit devletlerde bulunan kişilere tebliğini zor kullanmaksızın doğrudan kendi diplomatik veya konsolosluk ajanları vasıtası ile yaptırmakta serbesttirler. Âkit devletler, kendi topraklarında bu şekilde tebligat yapılmasına muhalefet edebilir. Ancak herhangi bir âkit devlet diplomatik yolla tebligata muhalefet etse bile, âkit devletler, muhalefet eden âkit devlette bulunan kendi vatandaşlarına diplomatik yolla tebligatı yapabilirler.

²⁵ Kanun No: 1483, Kabul Tarihi: 9.9.1971: RG 17.9.1971/13959; Antlaşman metni için bkz. RG 17.6.1972/14218.

1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi'nde öngörülen temel tebligat yöntemi, merkezi makamlar aracılığıyla yapılan tebligattır. Her âkit devlet, tebligatları iletmek ve kabul etmekle görevli bir merkezi makam tayin etmiştir. Almanya, eyaletler itibariyle 16 merkezî makam tayin etmiştir. Türkiye'nin merkezi makamı, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'dür. Tebligat evrakı, Sözleşme'nin ekini teşkil eden ve uygulamada "184 numaralı form" olarak anılan örneğe uygun olarak mahkemelerce hazırlanmaktadır. Sözleşme'nin ekinde matbu olarak yer alan form, tebligatın yapılacağı ülkenin dilinde doldurulmaktadır. Kabul eden ülkeler açısından formun İngilizce veya Fransızca olarak da doldurulması mümkündür. Daha sonra bu evrak, Cumhuriyet savcılığı aracılığıyla Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne gönderilmektedir. Türkiye'nin merkezi makamı, tebligat evrakını, kendisine tebligat yapılacak kişinin bulunduğu ülkenin merkezi makamına göndermektedir. Örneğin, tebligat, Hamburg'da oturan Alman vatandaşına yapılacaksa, tebligat evrakı Almanya'nın Hamburg Eyaleti için merkezi makamı olan Hamburg Sulh Hukuk Mahkemesi'ne [Präsident des Amtsgerichts Hamburg Sievekingplatz 1 20355 Hamburg] gönderilecektir. Hamburg Sulh Hukuk Mahkemesi, tebligatı gerçekleştirecektir.

1965 tarihli Lahey Tebligat Sözleşmesi ile kabul edilen tebligat yöntemlerinden bir diğeri de doğrudan posta yolu ile tebligattır. Bu yolla sadece Sözleşme'nin 10(a) maddesine çekince koymayan devletlere tebligat yapılabilir. Almanya ve Türkiye, doğrudan posta yoluyla tebligatı kabul etmeyen ülkeler arasında yer almaktadır. Doğrudan posta yoluyla tebligatı kabul eden ülkeler şunlardır: Amerika Birleşik Devletleri, Arnavutluk, Antigua ve Barbuda, Bahama Adaları, Barbados, Belarus, Belçika, Bostvana, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, Birleşik Krallık (İngiltere) ve Kuzey İrlanda, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İtalya, Japonya, Kanada, Letonya, Lüksemburg, Malavi, Portekiz, Romanya, Slovenya, Saint Vincent ve Grenadines²⁶. Doğrudan posta yoluyla tebligatı kabul eden ülkelere yapılacak tebligatlarda, mahkeme, tebliğ evrakı belgelerin Türkçesi ile muhatabın dilinde yapılmış çevirisinin 184 numaralı form ekinde artık Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne gönderilmesine

²⁶ Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Genelgesi (Genelge No: 63/3), 16.11.2011: <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/63%20-%203.pdf> (12.9.2014).

gerek yoktur. Mahkemece hazırlanan tebliğ evrakı iadeli taahhütlü posta yolu ile doğrudan muhatabın yurt dışındaki adresine gönderilecektir.

1965 Lahey Tebligat Sözleşmesi'nin 13. maddesine göre, tebligatın gerçekleştirileceği devlet, tebliğ isteğinin yerine getirilmesini, ancak ege-menlik veya güvenliğini zedeleyici bulduğu takdirde reddedebilir. Buna karşın, tebliğ isteğinin yerine getirilmesi, söz konusu davada kaza yetkisi-nin münhasıran kendi mahkemelerine ait olduğu iddiası veya kendi mev-zuatının tebligatın ilişkin olduğu davanın açılmasına izin vermemesi sebe-biyle reddolunamaz.

4. Almanya ile Türkiye'nin Taraf Olduğu Antlaşmalar Uyarınca Türk Mahkemeleri ile Alman Mahkemeleri Arasında Delil Temini Konusunda İşbirliği

Almanya'da açılan bir davada, Türkiye'de ya da Türkiye'de açılan bir da-vada Almanya'da bulunan şahidin ifadesinin alınması; tarafların yemin ettirilmesi; ticari defterlerin incelenmesi; şahsi ve ticari sicil kayıtlarının suretlerinin alınması; mallar üzerinde keşif yapılması vs. gerekli olabilir. Bu durumda, Türk mahkemesinin, Alman mahkemesini ya da Alman mahkemesinin, Türk mahkemesi istinabe etmesi gerekecektir. Türk mah-kemeleri ile Alman mahkemeleri arasındaki milletlerarası istinabe²⁷ talepleri milletlerarası antlaşmalarla düzenlenmiştir.

Türkiye ile Almanya arasındaki adli yardımlaşma antlaşmasının 12. maddesine göre, hukuki veya ticari konularda âit devletlerden birinin mah-kemesi kendi kanunları uyarınca diğer âkit devletin mahkemesinin yetki alanında gerek bir incelemenin yapılması gerekse şahit beyanının alınması, yemin ettirme başta olmak üzere diğer adli muamelelerin icrasını talep için istinabe yoluna başvuracaktır. İstinabe evrakı, talep eden devletin konsolo-sluğu vasıtasıyla talep edilen devletin dışişleri bakanlığına, ardından ada-let bakanlığına ve adalet bakanlığı aracılığıyla istinabe talebini yerine geti-recek olan mahkemeye intikal ettirilecektir. İstinabe talebinin icrası, isti-nabe edilen devletin hukukuna tabidir. Bununla beraber, istinabe eden dev-let, özel bir usulün kullanılmasını isteyebilir. Eğer özel usul kullanılarak delil temini, istinabe edilen devletin hukukuna aykırı değilse, istinabe edi-len devletin mahkemesi bu usulü kullanabilir. İstinabe talebi yerine getiri-

²⁷ Milletlerarası istinabe hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, Milletlerarası İstinabe, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 337-384.

lirken, istinabe eden mahkemenin talebi üzerine, istinabe yerine getirilirse taraflar hazır bulunabilir. Böyle bir durumda istinabenin yerine getirileceği tarih ve yer istinabe eden mahkemeye bildirilir. Eğer tanıklık yapmak istemeyen şahsın zorla mahkemeye getirilmesinde olduğu gibi, istinabe edilen devletin hukukuna göre, istinabenin yerine getirilmesi sırasında güç kullanılması gerekiyorsa güç de kullanılabilir. İstinabe talebinin yerine getirilmesi halinde, aynı yoldan istinabe evrakı talep eden devletin mahkemesine gönderilecektir. Eğer istinabe talebi yerine getirilemezse, getirilememesi sebebi de aynı yoldan talep eden devletin mahkemesine bildirilecektir (md. 12). İstinabe talebi, istinabe edilen devletin kamu düzeni, kamu güvenliği veya yargı egemenliğine aykırı ya da istinabe konusu işlemin icrası adli makamların yetkileri kapsamına girmeyen bir hususa ilişkin olursa, reddedilebilir (md. 15). Adli yardımlaşma antlaşmasınının 17. maddesine göre, âkit devletlerden her biri diğer devletin toprağında bulunan vatandaşlarına diplomasi ve konsolosluk memurları vasıtasıyla doğrudan doğruya ve hiç bir suretle cebir kullanmaksızın istinabe etmek hakkını haizdir.

Ayrıca Türkiye, 2004 yılında, Hukuki veya Ticari Konularda Yabancı Memleketlerde Delil Sağlanması Hakkında Sözleşme'yi²⁸ onaylamıştır. Bu Sözleşme'yi, 1979 yılında Almanya da onaylamıştır. Sözleşme uyarınca bir âkit devletin mahkemeleri (1) merkezi makamlar, (2) diplomatik temsilcilikler (3) özel olarak atanan kişiler aracılığıyla diğer âkit devletler-

²⁸ Karar Sayısı: 2004/7340: Türkiye tarafından 13 Aralık 2000 tarihinde Lahey'de imzalanmış ve 7.4.2004 tarihli ve 5128 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Sözleşme"nin ilişik çekince ve beyanlarla onaylanması; Dışişleri Bakanlığı'nın 7.5.2004 tarihli KOPR/16895 sayılı yazısı üzerine 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre, bakanlar Kurulu'nca 18.5.2004 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 15.6.2004/25493). Çekince ve Beyanlar: (1) Sözleşme'nin 33. maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 4. maddesinin 2. fıkrası hükümlerini uygulamamak hakkını saklı tutar. I. Kısmına göre yerine getirilecek istinabe talepleri, 4. maddenin 1. ve 4. maddelerine uygun olarak Türkçe düzenlenmesi veya bu dilde yapılmış bir çevirisinin eklenmesi zorunlu bulunmaktadır. (2) Sözleşme'nin 35. maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme'nin 16 ve 17. maddeleri hükümlerine göre, söz konusu maddelerde öngörülen izni vermeye yetkili makam olarak Adalet Bakanlığı'nın tayin edildiğini ve Sözleşme'nin 23. maddesine göre, Common Law ülkelerinde tanınan bir usul olan belgelerin dava öncesi ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla yönelik istinabe taleplerini yerine getirmeyeceğini beyan eder.

den delil temin edebilir. O halde Alman mahkemeleri ile Türk mahkemeleri arasındaki istinabe talepleri, iki taraflı adli yardım antlaşmasının yanı sıra Lahey Konvansiyonu hükümleri uyarınca yerine getirilecektir.

5. Alman Mahkeme Kararlarının Türkiye’de ve Türk Mahkeme Kararlarının Almanya’da Tanınması ve Tenfizi

Almanya’da yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi iki taraflı ve çok taraflı milletlerarası antlaşmaların yanı sıra ZPO’nun § 328, 722-723’de düzenlenmiştir. Ayrıca Avrupa Birliği üyesi ülkelerin mahkemelerinden verilen kararların tenfizi Brüksel I Tüzüğü²⁹ ve Brüksel II Tüzüğü³⁰ ile düzenlenmiştir. Türkiye, Avrupa Birliği üyesi olmadığından, Türk mahkemeleri tarafından verilen kararların Almanya’da tanınması ve tenfizi davaları, ZPO’nun 328, 722-723. paragraflarına tabidir. ZPO’da aranılan şartları gerçekleştiren ve Türk mahkemeleri tarafından verilen kararlar, Almanya’da tanınmakta ve tenfiz edilmektedir.

Almanya ile Türkiye arasındaki adli yardım antlaşmasında, mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi düzenlenmemiştir. Bu nedenle Alman mahkemelerinden verilen kararlar, iki taraflı adli yardım antlaşmasına göre değil 5718 sayılı MÖHUK hükümlerine göre, Türkiye’de tanınmakta ve tenfiz edilmektedir. Almanya mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi konusunda uygulamada önemli sayılabilecek bir sorun yaşanmamaktadır. Bununla beraber, Alman mahkeme kararlarının tenfizinde, müteakibliyetin bulunmadığı ve Alman mahkemesi kararının kamu düzenine aykırı olduğu itirazları yapılabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, 5718 sayılı MÖHUK’un 50-59. maddelerinde düzenlenen tanıma ve tenfiz usulü, tanıma ve tenfizin ön ve esasa ilişkin şartları açısından, bugüne kadar verilen Yargıtay kararları ışığında³¹, Alman mahkeme kararlarının tenfizinde en fazla itiraz bu iki konuda yapılmıştır demek yanlış olmayacaktır.

²⁹ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (“Brussels I”), OJ L 12 16.1.2001 s. 1-23.

³⁰ Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility (“Brussels II”), OJ L 338 23.12.2003 s. 1-29.

³¹ Tanıma tenfize ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Nuray EKŞİ, Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı-Kanunlar İhtilâfı Kurallarına ve Milletlerarası Usul Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları, 2. bası, İstanbul 2014, s. 124-191; Nuray EKŞİ, *YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)*

Yabancı mahkemelerce verilen kararların Türkiye’de tenfiz edilebilmesi için MÖHUK’un 54. maddesinde aranılan şartlardan biri mütekabiliyettir. 5718 sayılı MÖHUK’un 54(1)(a) maddesi uyarınca, mütekabiliyet, üç şekilde gerçekleşebilir: Antlaşmaya dayanan mütekabiliyet (ahdî mütekabiliyet, siyasî mütekabiliyet), kanuni mütekabiliyet ve fiili mütekabiliyet. Almanya ile Türkiye arasındaki adli yardım antlaşmasında, tanıma ve tenfiz düzenlenmediğinden antlaşmaya dayanan mütekabiliyet bulunmamaktadır. Bununla birlikte Yargıtay, Almanya ile Türkiye arasında kanunî ve fiili mütekabiliyetin varlığını kabul etmektedir³².

MÖHUK’un 54(c) maddesinde yabancı ilamın, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması esası öngörülmüştür. Kamu düzeninin milletlerarası özel hukuk açısından anlamı ve kapsamını, iç hukuk açısından anlamı ve kapsamından ayırmak gerekir. Yabancı mahkeme ilamlarının tanınması veya tenfizinin şartlarından biri olan kamu düzeni kavramının kapsamına esas olarak üç husus girmektedir. Birinci husus, insan haklarına ilişkin konvansiyonlar ve Anayasamız ile teminat altına alınan temel hak ve hürriyetlerdir. İkinci husus, hukukun temel ilkeleri ve üçüncü husus, Türk toplumunun ahlâk anlayışıdır. Ancak her üç hususun önceden kesin bir şekilde çerçevesinin çizilmesi mümkün değildir. Her somut olayda, kamu düzenini oluşturan bu hususlardan hangisinin yabancı mahkeme tarafından ihlâl edildiğinin tespiti gerekir. Bu tespiti yapmak da kolay değildir. Kamu düzeni kavramı, ülkeden ülkeye hatta zamana ve mekâna göre değişen bir kavramdır. Bu nedenle, kamu düzenine aykırılığın tespitinde yabancı mahkeme tarafından *kararın verildiği an değil, tenfiz anı* esas alınarak değerlendirme yapılır³³506.

Yargıtay, iki konuda Alman mahkeme kararlarının Türk kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varmıştır: (1) Müşterek velayete ilişkin Alman mahkemesi kararları ve (2) Mahnverfahren usulünde verilen Alman mahkeme kararları. Konumuz, Alman vatandaşlarının Türkiye’de ve Türk vatandaşlarının Almanya’da yaptıkları yatırımlarla yani ticari faaliyetleriyle

5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2010, s. 60-156.

³² HGK, E. 1990/13-3, K. 1990/347, T. 13.6.1990: XVI(1990)9 YKD, s. 1282-1286; EKŞİ, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, 261-264.

³³ Nuray EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013, s. 280.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

le ilgili olarak yararlandıkları adli haklarla sınırlı olduğundan müşterek velayete ilişkin Alman mahkemesi kararlarının tenfizi meselesine burada yer verilmeyecektir.

Almanya ve İngiltere’de olduğu gibi bazı devletlerin mevzuatlarında, istisnai hallerde mahkeme kararlarının gerekçesiz olması kabul edilmiştir. Alman usul hukukunda mevcut olan ve Türk usul hukukunda karşılığı olmayan ihtarlı basit dava usulünde (mahnverfahren)⁵³⁴ verilen kararların Türkiye’de tanınması ve tenfizi konusunda Yargıtay kararları arasında farklılık vardı. Alman usul hukukunda mevcut olan ve Türk usul hukukunda karşılığı olmayan ihtarlı basit dava usulünde (mahnverfahren), alacaklının sulh hukuk mahkemesine başvurması üzerine, borçluya bir ihtarname gönderilmekte, borçlunun ihtarnameye itiraz etmemesi üzerine, borçluyu, belirli bir miktar parayı ödemeye mahkûm eden eda niteliğinde olan, şeklî ve maddî anlamda kesinlik taşıyan bir karar gönderilmektedir³⁴. Bu kararların Türkiye’de tenfiz edilip edilmeyeceği hususunda Yargıtay farklı kararlar vermiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 8.2.1991 tarihli kararında³⁵ yabancı mahkemece verilen kararın sadece hüküm fıkrasının yeterli olmadığını; gerekçeli yabancı kararın ibraz edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de 18.3.1993 tarihli kararında gerekçeli karar olmaksızın, yabancı ilamın kamu düzenine aykırı olup olmadığını denetlenemeyeceğini ifade etmiştir³⁶.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 8.4.1996 tarihli kararında da³⁷, tenfiz için ibraz edilen belgenin bir mahkeme kararında bulunması gereken asgari iki tarafın iddia ve savunmalarının özetlerini, mahkemece incelenen maddî ve hukukî olayların özünü, mahkemeyi sonuca götüren gerekçenin ne olduğunu ihtiva etmemesi; Anayasa’nın 141. maddesinde, mahkeme

³⁴ EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 289.

³⁵ EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 291; 13. HD, E. 1990/7708, K. 1991/1235, T. 8.2.1991: (1991)5 YASA, s. 696-697; EKŞİ, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, 231-232.

³⁶ EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 292; 4. HD, E. 1992/7081, K. 1993/2756, T. 18.3.1993: XIX(1993)6 YKD, s. 862-863.

³⁷ EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 292; 13. HD, E. 1996/3116, K. 1996/3450, T. 8.4.1996: Cemal ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Harzırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. bası, İstanbul 2013, s. 2229-230 dn. 267.

kararlarının gerekçeli olmasının öngörüldüğünü; kararlarda bulunması gereken gerekçeler sayesinde tarafların, hükmün hangi maddî ve hukukî sebeplere dayandırıldığını anlayabileceğini; karar aleyhine kanun yoluna başvurulması halinde, incelemenin de ancak gerekçeye istinaden yapılabileceğini ve gerekçe sayesinde kararın, usul ve yasaya uygun olup olmadığının denetlenebileceğini; gerekçe ve hüküm fıkrasından yoksun, Türk hukukuna göre “karar” niteliğinde olmayan belgenin tenfizinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. 13. Hukuk Dairesi’nin kararına konu olan yabancı ilam, Alman sulh hukuk mahkemesi tarafından mahnverfahren usulü çerçevesinde verilmiştir³⁸.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 5.12.2001 tarihli kararında³⁹, tenfiz ve tanıma istenen kararların, MÖHUK’un aradığı şartları taşıyıp taşımadığının araştırılıp denetlenebilmesi için, gerekçelerinin de olması gerektiğini; davacı tarafından ibraz edilen her iki kararın gerekçesi olmadığından bu denetlemeyi yapmanın olanaksız olduğunu; ayrıca tenfiz ve tanınması istenen Gelnhausen yerel mahkemesinin 18.8.2000 tarihli, Hunfeld yerel mahkemesinin 31.7.2000 tarihli kararlarının icraya yönelik ilam niteliğinde olmayan kararlar olduğunu; bu hususların mahkemece re’sen göz önünde tutularak tenfiz isteminin reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁴⁰.

Yabancı mahkeme kararlarının salt gerekçesinin bulunmamasının kesinleşmiş yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olup olmayacağı ve bu hususun 5718 sayılı MÖHUK’un 54(c) maddesi anlamında kamu düzenine açıkça aykırılık sayılıp sayılmayacağı, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 10.2.2012 tarihli kararında değerlendirilmiştir⁵⁴³. Yabancı mahkeme ilamının gerekçesiz olmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği ve bu bağlamda gerekçeden yoksunluğun yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olup olmayacağı” hususunda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararlarının, aynı Daire kararlarıyla ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesi’nin kararlarıyla çeliştiği ileri sürülerek, görüş ayrılığının içtihatların birleştirilmesi yoluyla giderilmesi, 24.11.2009 tarihli başvuruya istenilmiştir. Yargıtay⁴¹, yabancı mahkeme kararlarının salt gerek-

³⁸ EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 292-293

³⁹ 13. HD E. 2001/9007, K. 2001/11406, T. 5.12.2001: <http://khyk.kazancihukuk.com> (24.9.2014).

⁴⁰ EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 293.

⁴¹ YİBBGKK, E. 2010/1, K. 2012/1, T. 10.2.2012: RG 20.9.2012/28417. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

çesinin bulunmamasının kesinleşmiş yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olmayacağına ve bu hususun 5718 sayılı MÖHUK'un 54(c) maddesi anlamında kamu düzenine açıkça aykırılık sayılmayacağına oy çokluğu ile karar vermiştir⁴².

İçtihadı Birleştirme Kararı'ndan sonra verilen Daire kararlarında da aynı sonuca varılmıştır. Nitekim, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 29.2.2012 tarihli kararında⁴³, tenfiz hakiminin yabancı ilamda mevcut olan bir gerekçeyi inceleyip değerlendirmesinin mümkün olmadığına; tenfizi talep edilen ilamda Türk usul hukukunun anladığı anlamda bir gerekçenin bulunması ya da bulunmamasının Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektirmediğine; Anayasanın 141/3 maddesindeki "bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır" ilkesinin Türk mahkemelerindeki davalara ilişkin olduğuna ve "bütün mahkemeler" kavramının yabancı mahkemeleri kapsamadığına; yabancı mahkeme ilamlarının gerekçesizliğinin salt bu sebepten dolayı tenfize engeli teşkil etmediğine karar vermiştir⁴⁴.

Sonuç

Çalışmamızda, esas olarak, Türkiye ile Almanya arasındaki milletlerarası antlaşmalar kapsamında söz konusu ülkelerde ticari ve sınai faaliyette bulunan Türk ve Alman vatandaşı gerçek ve tüzel kişilerin sahip olduğu hakların genel çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır. Türkiye ile AET Arasında Bir Ortaklık Yaratan Antlaşma⁴⁵; Türkiye ile AET arasındaki Katma Protokol⁴⁶ ve AT-Türkiye Ortaklık Konseyinin 1/95 sayılı Kararı, çalışmamızın kapsamı dışında tutulmuştur.

Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Türk ve Alman vatandaşları, gerek birbirlerinin ülkesinde yapacakları yatırımlar açısından gerekse adlî yargı alanında eşit haklara sahiptirler. Üstelik, Türkiye ile Almanya arasında 2011 yılında yapılan çifte vergilendirme anlaşması ile, vergi hukuku alanında ortaya çıkabilecek riskler bertaraf edilmiş; 1963 yılında yapılan iki taraflı yatırım anlaşması ile, iki devlet vatandaşlarının birbirlerinin ülkesinde yapacakları yatırımlar güvence altına alınmıştır.

⁴² EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 293 vd.

⁴³ 4. HD, E. 2011/11959, K. 2012/3154, T. 29.2.2012.

⁴⁴ EKŞİ, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, 297-299.

⁴⁵ RG 17.11.1964/11858.

⁴⁶ RG 29.12.1972/14406.

Türk yatırımcılarının Alman Devleti veya Devlet kurumlarıyla yapacakları sözleşmeler ile Alman yatırımcıların Türk Devleti ya da Devlet kurumları ile yapacakları sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için, her iki devletin de taraf olduğu ICSID tahkim merkezine başvurulabilir. Alman veya Türk Devleti veya bu devletlerin kurumlarıyla sözleşme yaparak yol, tünel, metro, köprü, baraj, santral vs yapılması işini üstlenen şirketler, ICSID veya diğer tahkim merkezlerine başvurma hakkına sahip olduğu gibi, sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde, İstanbul'da bulunan Alman Türk Sanayi ve Ticaret Odası tahkimine de başvurabilir.

Türkiye'de yatırım yapan Alman vatandaşları, ticari ve sınai faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından adli yargı alanında Türk vatandaşlarıyla aynı haklara sahiptirler. Gerek iki ülke arasındaki iki taraflı adli yardım antlaşması gerekse her iki ülkenin taraf olduğu çok taraflı antlaşmalar sayesinde adli yargı alanında karşılaşılabilecek sorunlar en az seviyeye indirilmiştir. Ayrıca ticari uyuşmazlıklara ilişkin Alman mahkeme kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi hususunda da uygulamada herhangi bir sıkıntı yaşanmamaktadır.

Komşusu olan ülkelerde yaşanan çatışma ve kaos sebebiyle zaman zaman ağır ekonomik ve politik faturalar ödemesine rağmen Türkiye, yatırım açısından güvenli ve cazip bir ülke olma vasıflarını halen korumaktadır. Aynı şekilde, Avrupa Birliği ülkelerinin önemli bir kısmında yaşanan ekonomik sıkıntıların çözümünde, Almanya'nın oynadığı öncü rol, politik ve ekonomik açıdan Almanya'nın güçlü yapısını bir kez daha gözler önüne sermiş; yatırım iklimi açısından son derece elverişli bir ülke olduğunu ortaya koymuştur.

İDEALİST VE MATERYALİST FELSEFİ DÜŞÜNCEDE MUTLAK SİYASAL DOĞRU

(THE VIEWS OF ABSOLUTE POLITICAL TRUTHS IN IDEALISTIC AND MATERIALISTIC PHILOSOPHICAL THOUGHT)

Prof. Dr. Oktay UYGUN*

ÖZET

Düşünce tarihi, pek çok alanda mutlak doğrunun, evrensel hakikatin, tartışılmaz gerçekliğin arayışı çabalarına tanıklık eder. Siyaset de bu arayışın yoğunlaştığı alanlardan biridir. Eski çağlarda ilahi bir kaynağa referansla temellendirilmeye çalışılan mutlak siyasal doğrular, modern çağda laik bir yaklaşımla ele alınacaktır. Buna göre, toplumların kuruluşu, gelişimi ve yıkılışı ile sosyal, ekonomik ve siyasal yapıları gelişigüzel, kendiliğinden belirleniyor olamazdı. Toplum ve devlet, tıpkı doğa gibi, belirli yasalara göre varlığını sürdürüyor olmalıydı. Öyleyse, bu yasaları öğrenerek en doğru ve en iyi devlet biçimi bulunabilir; bir siyasal sistemin dayanaacağı temel ilkeler herkesin kabul edebileceği sağlam esaslar üzerine oturtulabilirdi. Bu makalede, idealist ve materyalist felsefi düşüncede mutlak siyasal doğru kavramı incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Berkeley, diyalektik yöntem, Engels, Feuerbach, evrensel hakikat, Hegel, idealizm, Lenin, Marks, Marksizm, materyalizm, Platon, Rousseau, siyasal doğru, Sokrates.

ABSTRACT

History of thought testifies to the efforts of searching for the universal, absolute or indisputable truths in different areas. Politics is also one of the areas this quest has been concentrated on. In ancient times, absolute

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: oktayuygun@yahoo.com

political truths were based on reference to a divine source. In the modern era, these truths have been generally dealt with a secular approach. Thus, the establishment, development and collapse of the communities as well as their social, economic and political structures cannot be determined randomly or arbitrarily. Much like nature, society and the state, must exist according to certain absolute laws. Therefore, these laws could be explored and the most accurate, or the best form of state could be established according to these laws. This article analyses the views of absolute political truths in idealistic and materialistic philosophical thought.

Keywords: *Berkeley, dialectical method, Engels Feuerbach, Hegel, idealism, Lenin, Marx, Marxism, materialism, Plato, political truth, Socrates, Rousseau, universal truth.*

Toplumların siyasal örgütlenişine yön veren mutlak yasaların bulunduğunu ileri süren görüşler, hemen her kültür çevresinde ortaya çıkmıştır. Bu yön-deki tartışmaların olgunlaşmış ilk ürünlerini antik Yunan'da buluyoruz. *Sokrates* ve *Platon*, sofist olarak adlandırılan filozofların kuşkucu ve görelî yaklaşımlarına karşı, her alanda olduğu gibi siyaset ve ahlak alanında da mutlak doğruların, değişmez hakikatlerin bulunduğunu savundu. Eğer mutlak siyasal doğrular yoksa, devletin yapısı ve yasaları neye göre ve kim tarafından belirlenecekti? Siyasal doğruların olmadığı kabul edildiğinde, devlet ve toplum hayatına ilişkin her görüş eşit ölçüde doğru ya da yanlış olarak nitelendirilebilirdi. Bu durumda, herhangi bir görüşe göre oluşturulan devletin otoritesi ve yasalarının bağlayıcılığı nasıl savunulacaktı? Bir kimseyi "yanlış" olarak kabul ettiği yasaya uymaya zorlamak için ne tür bir gerekçe ileri sürülebilirdi? Devleti ve toplumu sağlam bir temele oturtmak, ancak bu alanda geçerli mutlak siyasal ve sosyal yasaların olmasıyla mümkündü.

Antik Yunan Düşüncesinde Mutlak Siyasal Doğru

Sokrates ve *Platon*'a göre, toplum ve devlet yaşamına ilişkin mutlak doğrular vardı. Bu doğrular bulunmalı ve uygulamaya geçirilmeliydi. Toplumda siyasal doğruların bilgisine sahip olanlar, bu bilgiye sahip olmayan-

lara göre üstün durumdadır. Doğal olarak, mutlak siyasal doğruyu bilen kişiler devleti yönetecek, diğer insanlar ise onların önderliğini kabul edecektir. Mutlak siyasal doğru nasıl diğer tüm siyasal görüşleri geçersiz kılsa, bu bilgiye sahip olanların iktidarı da diğer tüm iktidar iddialarını geçersiz kılar. *Platon*'a göre, sosyal ve siyasal yaşama ilişkin doğrular filozofların uzmanlık alanıydı. O halde toplumu filozoflar yönetmeliydi: Ya filozoflar kral olmalı, ya da krallar filozof olmalıydı.¹

Kendi içinde tutarlı görünen bu akıl yürütme, iki yönden eleştiriye açıktı. Birincisi, devlet ve toplum yaşamına ilişkin evrensel, mutlak doğruların bulunduğu görüşü kanıtlanmalıydı. Böyle doğruların olmasının arzu edilmesi başka, gerçekten var olmaları başka bir şeydi. İkinci olarak, mutlak siyasal doğrular varsa bile, toplum içinde bir kesimin (filozofların) bu doğrulara ulaştıklarının da kanıtlanması gerekliydi. Sıradan insanlar, toplumun bir kesiminin siyasal doğruları bildiğinden nasıl emin olabilirdi?

İdeal devletinde toplumu *üreticiler* ve *savaşçılar* şeklinde iki kasta bölen *Platon*'a göre, üreticiler toplumun beslenme ve barınma, savaşçılar ise güvenlik gereksinimini karşılayacaktır. Köleler zaten doğal bir kasttır. Savaşçıların en iyileri, en bilgilileri arasından çıkan küçük bir grup da toplumu yönetecektir. *Platon* toplum ile insan vücudu arasında bir karşılaştırma yaparak, üreticilerin çeşitli işleri gören el ve ayaklara, savaşçıların cesareti simgeleyen yüreğe ve yöneticilerin vücudu idare eden beyne karşılık geldiğini belirtir. Böyle bir düzende, siyasal doğruları kimin bildiği ve toplumu kimin yöneteceği konusunda bir tartışma çıkmaz. Çünkü her sınıfın işlevi baştan belirlenmiştir. Ayaklar nasıl beynin işlevini göremezse, üreticiler de yöneticilik yapamaz. Kimin hangi kastta yer alacağı, doğuştan belirlenmiştir. Adalet, herkesin mensup olduğu kastta kalması, başka işlere karışmaya kalkışmamasıdır.²

Platon'un tasarladığı devlet düzenindeki en büyük sorun, insanların bu düzene inanmalarını sağlamaktır. İdeal bir toplum düzeninin kastlardan oluştuğuna ve adaletin eşitsizlik anlamına geldiğine insanlar nasıl inandıracaktır? *Platon*, *Devlet*'te bu konuda bir ikna çabasına girişmez; tam tersine, bir Fenike masalı yardımıyla insanların kandırılacağını ve bu yolla yeni düzene itaatlerinin sağlanacağını söyler: Tanrı insanları yaratırken, maya-

¹ *Platon*, 1980. *Devlet*. Çev. S. Eyüboğlu, M.A. Cimcoz. Remzi, İstanbul, s.170-198 (altıncı kitap).

² *Platon* 1980, s.104-105 (üçüncü kitap).

larına altın, gümüş, tunç ve demir gibi değerli madenler katmıştır. Altın mayalılar yönetici, gümüş mayalılar savaşı, tunç ve demir mayalılar da üretici olacaktır.³

İlk Çağ'da *sofist* düşünürler, *Sokrates* ve *Platon*'dan tamamen farklı düşünüyordu. Onlara göre, tüm insanların üzerinde birleşeceği *siyasal doğrular* yoktu. Doğru herkese göre değişiyordu. Sahip olduğumuz bilgiler şaşmaz, evrensel hakikatler değil; duruma ve zamana göre değişen kanaatlerdir. Herkesin bilgisi kanaat düzeyinde olduğuna göre, hiçbir bilgi doğası gereği diğerinden üstün değildir. Kanaatler, kanaat olmak bakımından birbiriyle aynı değerdedir.

Sofistlere göre, insanlar, evrensel hakikatler olmadan da yaşayabilir, mutlak siyasal doğrular olmadan da güçlü ve istikrarlı bir toplum ve devlet düzeni kurabilirdi. İnsanların sosyal ve siyasal konularda farklı kanaatlere sahip olması doğal, hatta kaçınılmazdı. Çünkü herkesin çıkarları, sosyal ve ekonomik durumu, gelecekte beklenmesi, hayata bakış açısı farklıydı. Bu konuları düzenleyen mutlak doğrular yoktu. Ünlü sofist *Protagoras*'ın belirttiği gibi, *insan her şeyin ölçüsüdür*. Doğru ve yanlış insandan insana değişir. Yine de, insanların çoğunluğu, belirli bir dönemde, bazı kanaatlerin herkes için daha yararlı olduğu görüşünden hareketle *ortak* görüşler oluşturabilir; mutlak, değişmez hakikatler olmasa da, bu ortak görüşlere dayanan bir siyasal düzen kurulabilir. Sofistlere göre bir devlet düzeni, mutlak doğrulara dayandığı için değil, o devlet içinde yaşayan insanların ortak görüşlerine göre oluştuğu için meşrudur.⁴ Sofistler ile *Sokrates* ve *Platon* arasında başlayan bu tartışma günümüze kadar gelmiştir. Bundan sonra da devam edecek gibi görünüyor. Bugüne dek, bazı düşünürler, Tanrı'ya, akla ya da bilime dayanarak mutlak doğrulara dayanan bir sosyal ve siyasal düzeni ortaya çıkardıklarını ileri sürmüş, oluşturdukları ideoloji

³ Platon 1980, s.104-105 (üçüncü kitap). Platon'un hocası Sokrates de siyasal doğruları yalnızca toplum içinde bir kesimin; erdemli azınlığın bilebileceğini söyler. Ancak Sokrates, Platon'dan farklı olarak, erdemli azınlığı bir kast olarak düşünmemiştir. Sokrates'e göre, erdem doğuştan gelen bir yetenek değil, öğrenilebilir ve öğretilen bir özelliktir. Bu nedenle herkes erdemli olabilir, herkes siyasal ve ahlaki doğrulara ulaşabilir. Bkz: David Estlund, 1995. "Making Truth Safe for Democracy". *The Idea of Democracy* (Edited by D. Copp, J. Hampton, J. E. Roemer. Cambridge University Press) s.72.

⁴ Bkz: Macit Gökberk, 1985. *Felsefe Tarihi*. Remzi, İstanbul, s.42-46; Paul Feyerabend, 1995. *Akla Veda*. Çev. E. Başer. Ayrıntı, İstanbul, s.58-67.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

çerçevesinde insanı, toplumu ve devleti tümüyle yeniden biçimlendirmeye çalışmıştır.

Mutlak Doğrulara Nasıl Ulaşılır?

Felsefi tartışmalarda geçen *doğru* kavramı, çoğu kez, günlük konuşmadaki anlamından daha farklıdır. Felsefede doğru bilgidен anlaşılın, genel geçer, evrensel, akıl sahibi herkesin kabul edeceği anlamda geçerli bilgidir. Bu tür bilgiyi günlük konuşma dilindeki doğru bilgidен ayırmak için, genellikle, *mutlak doğru*, *hakikat*, *evrensel hakikat*, *evrensel yasa* gibi nitelermelere başvurulur. Peki, bilginin mutlak doğru olduğunu nasıl anlarız? Bu sorunun yanıtı, insanın mutlak bilgiye ulaşıp ulaşamayacağı, ulaşabilirse bunu hangi yolla (akıl, deney, vahiy, sezgi, bilim vb.) yapacağı konusundaki yaklaşımına bağlı olarak değişir. Bazıları için, mutlak doğru ya da mutlak bilgi kavramları, içerikleri doldurulamayacağı için anlamsız nitelermelerdir.

Doğruluk konusunda yaygın olarak benimsenen tanım şudur: Bilgi, yöneldiği nesneye uygunsa doğrudur. Ancak bu tanım yeterince açık değildir. Bilginin yöneldiği nesnelere çeşitlidir. Bazıları mekân ve zamanda yer alan gezegenler, canlılar, eşyalar gibi maddi, fiziksel nesnelere. Diğer bazıları, olaylar ya da kişilere ilişkin olarak duyduğumuz öfke, sevinç, üzüntü gibi psikolojik nesnelere. Bunlar zamanda var olan ama mekânla dolaylı bir ilişkisi bulunan nesnelere. Tümüyle sanal olan nesnelere de vardır. Zaman ve mekânda yer almayan, tümüyle zihnimizin yarattığı matematik nesnelere gibi: İki (2) sayısı herhangi bir yerde ve zamanda var olmadığı gibi, yok olacak da değildir. Tüm bu farklı nesnelere ortak özelliği, insan zihni tarafından düşünülebilir, incelenebilir oluşlarıdır.⁵

Hayatın normal akışı içinde, çevremizdeki varlıkları bildiğimizi ya da bilebileceğimizi kabul ederiz. Elimizdeki kalemin ya da önümüzdeki masanın kırmızı renkte olduğu bilgisinin mutlak doğruyu yansıttığından kuşku duymayız. Henüz tam bilgisine ulaşamadığımız konular olduğunu kabul etmekle birlikte, birer robot olmadığımız, Dünyanın Güneşin çevresinde döndüğü, her insanın ölümlü olduğu gibi pek çok konuda mutlak doğruya ulaştığımızı düşünürüz. Sahip olduğumuz her bilgi için “acaba doğru mu?” diye sormadan gerçekliğini kabul etmek, düzenli bir yaşam

⁵ Bkz: Ernst von Aster, 1994. *Bilgi Teorisi ve Mantık*. Çev. M. Gökberk. Sosyal Yayınları, İstanbul, s.11-18. Başlıca doğruluk kuramlarının bir değerlendirmesi için bkz: Vehbi Hacıkadıroğlu, 2007b. “Bilgi Üzerine”, *Felsefe Tartışmaları*, Sayı 38, s.111-116.

için gereklidir. Ancak çok emin olduğumuz konuları bile irdelemek, bizim yararlı, gerekli ya da kullanışlı olmanın ötesinde, *gerçeği* yansıtıp yansıtmadığını sorgulamak gerekir. Bunu yapmamış olsaydık, pek çoğumuz hala dünyanın düz olduğunu savunuyor olurdu.⁶

Ünlü düşünür *Descartes* (1596-1650), filozofun görevinin sağlam bilgi edinilmesini sağlayacak temelleri kurmak olduğunu söyleyerek, bunu mümkün kılacak bir yöntem geliştirir. *Metot şüphesi* olarak adlandırılan bu yöntem, bildiğimiz her şeyin gerçekliğinden şüphe ederek, açık ve kesin bir bilgiye, kendisinden şüphe edilemeyecek bir gerçeğe ulaşmayı ve diğer tüm bilgilerimizi bu kesin bilgi üzerine inşa etmeyi öngörür. *Felsefenin İlkeleri* isimli kitabına, “*gerçeği arayanın, bir kez tüm nesnelere gücü yettiği ölçüde kuşku duyması gerekir*”, sözleriyle başlayan *Descartes*’a göre, beş duyu organımızın bize sağladığı verilere, bugüne dek oluşturulmuş görüş, inanç ve değerlere güvenemeyiz. Mutlak doğruya ulaşmak için tüm bunların etkisinden sıyrılmalıyız. Dışımızdaki dünyayı bize tanıtan duyularımızdır. Varlıklar hakkında görerek, duyarak, dokunarak, tadarak, koklayarak bilgi ediniriz. Ancak, duyuların her zaman sağlam bilgi vermediklerini, bazen bizi yanılttıklarını biliyoruz. Serap görmek, suyun içine batırılmış çubuğun kırık olduğunu sanmak, var olmayan sesler duymak gibi. Duyularımız bizi ara sıra yanılttıklarına göre, belki her zaman yanıltıyordur. Rüyamızda bazen uçtuğumuzu, çok önceden ölmüş bir insanla karşılaştığımızı ya da zengin olduğumuzu görür, uyanınca tüm bunların gerçek olmadıklarını anlarız. Peki, yaşamın tümüyle bir rüya olmadığından emin olabilir miyiz? Var olduğumuzdan emin miyiz?⁷

⁶ Ray Billington, 1997. *Felsefeyi Yaşamak*. Çev. A. Yılmaz. Ayrıntı, İstanbul, s.36-37.

⁷ Bkz: René Descartes, 2002. *Felsefenin İlkeleri*. Çev. M. Akın. Say, İstanbul, s.49-54. Ayrıca bkz: Selahattin Hilav, 1970. *Felsefe El Kitabı*. Gerçek, İstanbul, s.92-93; Hans Reichenbach, 1981. *Bilimsel Felsefenin Doğuşu*. Çev. C. Yıldırım. Remzi, İstanbul, 1981, s.32-33.

Yaşadığımız dünyanın gerçekliğinin sorgulanması, Platon’un mağara benzetmesi (Platon 1980, s.198-204) ve Descartes’ın kötücül cini gibi, yalnızca filozofların üzerinde düşünüldüğü bir konu değildir. Bize sunulan dünyanın gerçekliğinden kuşkulananmak, artık popüler kültürün bir parçası haline gelmiştir. Truman Show (1998) ve Matrix (1999), yakın geçmişte, bu eğilimin sinema alanında anılmaya değer iki büyük filmidir. Matrix, insanların bütün yaşamlarını sürekli uyku benzeri bir felç durumunda, bilgisayarların ürettiği bir düş dünyasında geçirdiğini konu edinir. İnsanların tüm duyu organları bilgisayarlar tarafından gerçek yaşamda olduğu gibi uyarılmaktadır. Bu nedenle, herkes normal bir yaşam sürdürdüğüne inanır. Gerçek ise farklıdır: İnsanlar, makinelere biyo-enerji sağlamak amacıyla, *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

Descartes, her şeyden şüphe ederek, geriye şüphe edilemeyecek bir tek bilgi kaldığını söyler: Bu bilgi, her şeyden şüphe ediyor olmamdan kaynaklanıyor. Şüphe ettiğim sürece, kendisinden şüphe edemeyeceğim şey, şüphe ediyor oluşumdur. Şüphe etmek düşünmek demektir. Şu anda düşünüyorum olmamdan şüphe edemem. Düşündüğüme göre, düşünen bir varlık olarak var olmam gerekir. Düşündüğüm halde var olmam mümkün değildir; *düşünüyorum, öyle ise varım* (Cogito ergo sum). Bu, kendisinden şüphe edilemeyecek kesin bir bilgidir. Bu bilgiye duyu organlarımızın sağladığı verilerle, deneyimlerimizle, başka bilgi ya da görüşlerle ulaşılmış değiliz. O nedenle yanılmamız söz konusu olamaz. Düşünür, akıl ve düşünce yoluyla ulaştığı ilk kesin bilgidен diğer kesin bilgilere (Tanrı'nın varlığı, dış dünyanın gerçekliği) ulaşır ve bu yolla diğer konularda da mutlak doğrulara ulaşabileceğini savunur.⁸

Modern Çağ'da *Descartes* ile ivme kazanan mutlak doğrulara erişme çabası, pek çok düşünür ile devam etti. Bazı düşünürler ise, insanın dış dünyayı belli ölçüde tanıyabileceğini, doğaya ilişkin bazı yasaları keşfederek yaşamını düzenleyebileceğini, ancak hiçbir zaman dış dünyanın mutlak bilgisine ulaşamayacağını savunmuştur. Çünkü insanın zihinsel yapısı, dış dünyanın tüm gerçekliğini kavramaya ya da kavrayıp kavrayamadığını bilmeye elverişli değildir. Bu iki farklı yaklaşım, sosyal bilimlere ve özellikle siyasal alana uygulandığında, biri demokratik diğeri demokrasi karşıtı olan iki zıt ideolojik konumun felsefi temelini oluşturur.⁹

Günümüzde tarih, antropoloji, sosyoloji, siyaset bilimi, hukuk gibi disiplinler aracılığıyla, topluma ve devlete ilişkin bazı niteliklerin açıklığa kavuştuğu, sosyal ve siyasal gelişmenin bazı özelliklerinin ortaya çıkarıldığı doğrudur. Ancak, iyi ya da mükemmel bir sosyal ve siyasal düzen konusunda mutlak ve evrensel doğruların keşfedildiğinin söylenmesi faz-

doğundan ölüme kadar kuvözlerin içinde tutuldukları “insan tarlaları”nda yetiştirilmektedir. Matrix'in tartışmaya açtığı önemli felsefi sorunlar hakkında değişik görüşler için bkz: William Irwin (ed.) 2003. *Matrix ve Felsefe: Hakikatın Çölüne Hoş Geldiniz*. Çev. M. Sağlam. Güncel Yayıncılık, İstanbul.

⁸ Descartes 2002, s.58 vd.

⁹ Etyen Mahçupyan, 1997. *İdeolojiler ve Modernite*. Yol Yayınları, İstanbul, s.18-20. Dış dünyanın mutlak bilgisine ulaşamayacağını savunan Kant'ın görüşlerinden hareketle demokratik bir siyasal düzenin nasıl temellendirilebileceği konusunda bkz: Oktay Uygun, *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s.322-334.

lasıyla iddialı bir yaklaşımdır. Demokrasinin bir yönetim biçimi olarak benimsenmesi ve meşrulaştırılması, her şeyden önce bu yöndeki iddialara tatmin edici bir yanıtın verilmesine bağlıdır. Eğer ortada mutlak siyasal doğrular varsa, herkesin görüşüne eşit değer veren, yasaların oluşumunda müzakereye, oylamaya ve sonuçta çoğunluğun görüşüne üstünlük tanıyan demokratik rejimi savunmak mümkün değildir. Çünkü *mutlak doğru* ya da *evrensel hakikat* karşısında, arkasında tüm halkın desteği de olsa, hiçbir görüşün geçerliliği söz konusu olamaz.¹⁰ Mutlak siyasal doğrulara ulaşılabileceğini kabul eden görüşler, insan zihni ile dış gerçeklik arasında bir *yansıma ilişkisi* bulunduğunu öne sürer. İnsan zihni bir ayna gibidir; dış gerçekliği aynen yansıtır. Dolayısıyla, insan dış gerçekliğin mutlak bilgisine ulaşabilir. Bunu mümkün kılan güç, idealist düşüncede zihin, materyalist düşüncede ise maddedir. Şimdi, idealist ve materyalist felsefi düşüncede mutlak siyasal doğruların nasıl temellendirildiğine daha ayrıntılı biçimde bakalım.

İdealist Yansımacılık

İki büyük felsefi akımdan biri olan *idealizm*, dünyayı ve varoluşu, bilinç (zihin) ve düşünceye öncelik vererek açıklar. Felsefedeki idealizm günlük dildeki idealizmden farklıdır. İdealizm sözcüğündeki “idea”nın anlamı, düşünce ve düşünce ile ulaşılan tasarımdır. En yalın anlamıyla idealizm; düşünce, ruh, Tanrı gibi elle tutulamayan, gözle görülemeyen, uzay ve zamanda yer almayan, maddi ve fiziksel olmayan, duyu organları aracılığıyla algılanamayan varlıkların gerçekliğini kabul etmektir. İdealist filozoflara göre varlığın temeli, “idea”, “zihin”, “ruh” gibi kavramlarla dile getirilen, maddi olmayan bir tözdür. Maddi evren bu töz tarafından yaratılmıştır ve ona bağımlıdır.

- Platon

İdealist felsefenin ilk büyük ismi *Platon*'dur. *Platon*'a göre, duyu organları ile algıladığımız varlıkların dışında, *idealar* olarak adlandırılan daha asli varlıklar vardır. İdealar, zaman ve mekândan bağımsız, ezeli ve ebedi, değişmeyen, maddi ve cisimsel olmayan varlıklardır. Duyu organlarımızla

¹⁰ Bkz: David Estlund, 1995. “Making Truth Safe for Democracy”. *The Idea of Democracy* (Edited by D. Copp, J. Hampton, J. E. Roemer. Cambridge University Press) s. 74-80.

algıladığımız varlıklar ise bu ideaların birer kopyasıdır. Örneğin, çevremize baktığımızda çeşitli ağaçlar görürüz. Maddi varlıkları olan bu ağaçlardan genel bir fikir, kapsayıcı bir kavram olarak ağaç türü ya da kavramına ulaşırız. Ulaştığımız bu kavram, maddi bir varlık değildir, ama maddi varlığı olan tek tek ağaçlardan daha gerçektir. Çünkü tek tek ağaçlar zaman içinde yok olup giderken, ağaç ideası (fikri, kavramı) her zaman var olmaya devam eder. Bu örnekteki muhakemeye paralel biçimde, idealist filozoflar, iyi, adil ya da cesur bir davranış şeklindeki gözlemlenebilir insan eylemlerine oranla, bu somut eylemlerin ardındaki “iyilik”, “adalet”, “cesaret” gibi kavramların (ideaların) daha asli gerçeklikler olduklarını savunmuştur. Belirli bir yer ve zamanda bir kimsenin gösterdiği cesur davranış unutulmaya, yok olup gitmeye yazgılı iken, cesaret kavramı her zaman var olmaya devam edecektir.¹¹

İdealist bir filozof olarak *Platon*, gerçek bilginin duyu organları aracılığıyla, deneyle, gözlemlenmeyle değil, ancak akıl yoluyla elde edilebileceğini savundu. Bilgi edinme sürecinde duyular akla yardımcı olmadığı gibi, onu yanıltarak engelleyebilmektedir. Duyular gelip geçici, değişen, asli bir varlığı olmayan maddi dünya hakkında bilgi verir bize. Oysa akıl yoluyla ulaştığımız idealardan kesin ve sağlam bilgiler ediniriz. *Platon* bu konuda astronomiyi örnek verir. Astronomiyle uğraşanlar, gök cisimlerinin hareket yasalarını, gökyüzünü gözlemleyerek öğrenmeye çalışır. Oysa, bu boş bir çabadır; “*onlar yalnız akıl ve düşünce yoluyla kavranır, gözümüzle değil*”.¹²

İnsan ruhu, doğumdan önce idealar dünyasında bulunuyordu. Bu nedenle, ruhumuz ideaları bilmektedir. Gerçek bilgiye ulaşmak için yapmamız gereken; ruhumuzda saklı bu bilgileri akıl yoluyla ortaya çıkarmak, zaten görmüş olduğumuz ideaları hatırlamaktır. *Menon* adlı diyalogunda, “*araştırma ve öğrenme belirsiz hatırlayıştan başka bir şey değildir*”¹³ diyen *Platon*, maddi evrenin *nous* (tanrı) tarafından idealar örnek alınarak yaratıldığını, insan ruhunun tanrısal bir nitelik taşıdığını belirtmiştir. Tanrısal bir nitelik taşıdığı ve eskiden idealar dünyasında yaşadığı için, insan ruhu, asli varlıklar olan ideaları tam olarak yansıtabilme gücüne sahiptir.

¹¹ Bkz: Hilav 1970, s.48; Reichenbach 1981, s.22-23; Hacıkadiroğlu 2007b, s.95-97.

¹² *Platon* 1980, s.214 (yedinci kitap).

¹³ *Platon*, 1982. *Diyaloglar-1*. Çev. T. Aktürel, M. C. Anday, A. Cemgil vd. Remzi, İstanbul, s.163.

İnsan ruhunun ideaları bir ayna gibi yansıtması sayesinde, insan mutlak bilgiye ulaşabilir.¹⁴

- Berkeley

İdealizmin 18. yüzyıldaki temsilcilerinden İrlandalı filozof rahip *Berkeley* (1685-1753), insanın mutlak doğruya nasıl ulaşacağı konusunda daha ayrıntılı bir açıklama getirmiştir. İnsan dış dünya hakkında duyu organları aracılığıyla bilgi edinir. Ancak biz dışımızdaki varlıkları değil, yalnızca o varlıklar hakkında bize bazı veriler ulaştıran kendi duyularımızı algılarız. Renk, ısı, koku, ses gibi özellikler olarak bize ulaşan bu veriler, algılayıcı bir zihin olmadan bir şey ifade etmez. Zihnimiz, duyu organları aracılığıyla gelen verileri nesnelere dönüştürmektedir. Gördüğümüzü, dokunduğumuzu ya da tattığımızı söylediğimiz nesnelere, aslında zihnimizde oluşan zihinsel tasarımlar ve düşüncelerdir. Dış dünyanın, maddi evrenin gerçek olmadığını ileri süremeyiz, ama bu dünyanın gerçeklik kazanması algılayıcı bir zihnin varlığına bağlıdır. O halde, *var olmak algılanmaktır*.¹⁵

Bu algılayıcı zihin tek tek insanların zihni değil, bütün maddi evreni algılayabilecek kapasitede bir *üst zihin* yani Tanrı'dır. Çünkü ölümlü olduğumuz için insan zihni süreklilik özelliği göstermez ama fiziksel dünya sürekli; bunu sağlayan yani nesnelere sürekli var oluşunu mümkün kılan, Tanrı'nın onları sürekli olarak algılıyor oluşudur. Zaten doğa ya da evren, Tanrı'nın zihninden başka bir şey değildir. Çevremizde gördüğümüz tüm nesnelere, tanrısal zihnin tasarımlarıdır. İnsan zihninin maddi dünyayı algılayabilmesi, tanrısal zihin ile aynı tözden yaratılmış olmasındandır. Hem bizi, hem de dışımızdaki maddi dünyayı yaratmış olan Tanrı, zihnimizi dış dünyayı algılayabilecek niteliklerle donatmıştır. *Tanrısal zihinden pay*

¹⁴ Bkz: Hilav 1970, s.46-48; Macit Gökberk, 1985. *Felsefe Tarihi*. Remzi, İstanbul, s.61-64; Bertrand Russel, 1983. *Batı Felsefesi Tarihi*. Çev. M. Sencer. Say, İstanbul, s.125-135; Reichenbach 1981, s. 24-26.

¹⁵ “Şu kirazı görüyorum, hissediyorum, tadıyorum... öyleyse o gerçektir. Yumuşaklık sululuk, kırmızılık ve mayhoşluk duyularını (sensations) kaldır, kirazı da ortadan kaldırmış olursun. Çünkü o, duyulardan ayrı bir varlık değildir; kiraz, duyulur izlenimlerin ya da çeşitli duyularla algılanan fikirlerin bir kümesinden başka bir şey değildir.” Berkeley, 1996. *Hylas ile Philonous Arasında Üç Konuşma*. Çev. K. S. Sel. Sosyal Yayınları, İstanbul, s. 122.

*almış olan insan zihni, bir ayna gibi dış gerçekliği yansıtma özelliğine sahiptir.*¹⁶

Tanrısal zihnin benzeri olarak yaratıldığı için, insan zihninin Tanrı'ya ya da dış dünyaya ilişkin algılamalarında yanılma olasılığı yoktur. Öyleyse, zihinleri aynı ilahi tözden yaratıldıkları halde, aynı dışsal gerçekliği gözlemleyen insanlar arasında neden büyük görüş farkları vardır? *Berkeley*'e göre, maddi varlıkların, doğal ya da sosyal olayların açıklanması konusunda birbiriyle çelişen sayısız görüşün bulunduğu gerçektir. Ama bunun nedeni insan zihninin dış gerçekliği doğru yansıtmeması ya da algılayamaması değildir. Algılar ile bunlara karşılık olan nesnelere arasındaki ayrılığı uyduran filozoflar olmuştur; bununla da, nesnelere var oluşu ile onların algılanmış olmasının başka başka şeyler olduğu yanlış anlayışı ortaya çıkmıştır.¹⁷

Berkeley'e göre, zihnimizin algıladığı tüm bilgiler doğrudur ama bu bilgiler eksik olabilir. Eksik bilgi ile bir nesneyi ya da olayı tanımlamaya kalkışmanın yanlış sonuçlar vermesi kaçınılmazdır. Hemen her konuda, bir yetişkinin bilgisi bir çocuğun bilgisinden fazladır. Hastalıklar hakkında bir doktorun bilgisi normal bir insanın bilgisinden fazladır. Görüş farklılıklarının nedeni, insanların bilgisinin farklı düzeyde olmasıdır. Bilgi sahibi olmak bakımından insanlar arasında büyük farklar olduğu gibi, bilgi kendi içinde de hiyerarşik yapıdadır. Maddi dünyaya, gelip geçici işlere yönelik bilgi ile tanrısal alana (ilahiyat) ilişkin bilgi farklıdır. Maddi ve manevi tüm gerçekliği yaratan Tanrı olduğuna göre, ona ilişkin bilgi nitelik olarak daha üstündür ve o bilgi olmadan maddi dünyayı anlayamayız.

Bu bakış açısı, az bilginin çok bilgili olana tâbi olacağı bir sosyal düzen öngörüyor. Daha fazla bilgili olan kişilerin diğerleri (babanın çocukları, ustanın çırakları, öğretmenin öğrencileri, ilahiyatla uğraşanların toplumu geri kalanı) üzerinde doğal bir rehberlik işlevi vardır. Din adamları, ilgi alanları gereği tanrısal bilgiye daha yakındır. Dolayısıyla, toplum düzeninin genel esaslarının neye dayanacağı ve o toplumun nasıl yönetileceği konusundaki en doğru bilgi bu insanlardadır.

Burada en önemli sorun, bilginin deney ve gözlem alanı dışında bir kaynağa dayandırılması nedeniyle, sınanmasının olanaksız hale getirilmiş

¹⁶ Berkeley 1996, s.34-35, 65-68. Ayrıca bkz: Hacıkadiroğlu 2007a, s.75; Mahçupyan 1997, s.21-22; Hilav 1970, s.103-105; Arslan 2002, s. 87-88.

¹⁷ Bkz: Gökberk 1985, s. 343.

olmasıdır. Din adamlarının bilgi kaynağı tanrısal zihindir ve bu kaynağa deney ya da gözlem yoluyla değil, kendi zihinleri aracılığıyla ulaşmaktadırlar. Bu nedenle, bilgi bir inanç konusu haline gelmekte; bazı bilgilerin doğruluğuna inanılmakta, bunların kanıtlanması ya da doğruluklarının sınanması diye bir şey düşünülmemektedir. İnsan zihninde oluşan düşünceler tanrısal zihnin bir yansımasıdır ve yanlış olamazlar. Bilginin deney ve gözlem alanımız içindeki nesnelere kaynaklandığı kabul edilseydi, bu nesnelere test ederek bilgimizin doğruluğunu sınamamız mümkün olabilirdi. Fakat bilgimizin kaynağı Tanrı'ya dayandırıldığı için, Tanrı üzerinde, herhangi bir nesne üzerinde olduğu gibi test yapmamız mümkün değildir.¹⁸

Berkeley, sonuç olarak, insanın mutlak bilgiye ve siyasal doğrulara ulaşabileceğini söylüyor. Ancak bu doğrulara, toplum içinde yalnızca din adamları ulaşabilmekte ve diğer insanların bu kesimin sahip olduğu bilginin doğruluğunu sınaama olanağı bulunmamaktadır. Bunun mümkün olabilmesi için, önce tanrısal zihnin bilgisinin öğrenilmesi, ardından bunun din adamlarının bilgisiyle karşılaştırılması gerekir. Oysa sıradan insanlar, yaşam için zorunlu olan gereksinimlerin karşılanması telaşı içinde, daha çok asli bir değeri olmayan dünyevi bilgilerle ilgilenmekte, tanrısal alan din adamlarının uzmanlığına bırakılmaktadır.

İnsan zihninin dış gerçekliği yansıtan bir ayna kabul edilerek mutlak doğruya ulaşılacağı düşüncesi, *Berkeley* dışındaki bütün örneklerinde de, insanları *mutlak doğruya ulaşabilenler ve ulaşamayanlar* olarak ikiye bölmüş, ikincileri birincilere tâbi kılmıştır. Mutlak doğrunun varlığı nedeniyle, diğer düşüncelere özgürlük tanımak anlamsız hale gelmektedir. Ayrıca, mutlak doğruyu bilenlerle diğer görüş sahiplerinin eşitliğini savunmanın haklı bir temeli kalmamaktadır.

Mutlak gerçeğe akıl yoluyla ulaşılacağını savunan *Platon* ve *Hegel*, düşünce özgürlüğünü ve insanların eşitliğini reddeden otoriter ve totaliter rejimlere ulaşmıştır. *Platon*'un ideal devleti özel yaşama o denli müdahalecidir ki, orada annelerin çocuklarına anlatacakları masallar katı bir sansüre tâbi tutulacak, *Homeros* gibi ozanların şiirleri okunmayacak, aşağı tabakadan insanları gösterdiği için tiyatro yasaklanacak, müzik olarak yalnızca bazı şoven marşlara izin verilecektir. Yöneticiler, insanları sosyal düzenin kastlardan oluştuğuna inandırmak için yalan söyleyecektir. Evliliklere ve

¹⁸ Bkz: Mahçupyan 1997,s.22-25; Gökberk 1985,s.343-344.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

çocuk doğurmaya belirli amaçlar doğrultusunda müdahale edilecek, ama insanlara bu düzenlemelerin kurayla belirlendiği ve şansa bağlı olduğu söylenecektir. Böylece, çeşitli hilelere başvurarak, yöneticiler kastların saflığını koruyacaktır. *Hegel* de akıl yoluyla mutlak gerçeklere ulaştığını ileri sürmüş ve felsefesini *tarihin sonu* olarak görmüştür. Ulaştığı siyasal sonuçlara baktığımızda, gerçek özgürlüğü keyfi otoriteye itaat olarak tanımladığını, düşünce özgürlüğünü zararlı bir şey olarak nitelediğini ve yönetim biçimi olarak mutlak monarşiyi yücelttiğini görüyoruz.¹⁹

Materyalist Yansımacılık

Varlığın temelini maddeye dayandıran materyalist görüşün kökeni çok eskilere uzanır. Eski Yunan filozofları arasında *Demokritos* (İ.Ö. yaklaşık 460-370), bu akımın ilk büyük temsilcisi olarak görülebilir. *Demokritos*'a göre, varlığın temel yapı taşları, her şeyin kendisinden oluştuğu, bölünemez fiziksel gerçeklikler olan *atom*lardır. Maddi değilmiş gibi görünen varlıklar ya da olaylar (düşünce, zihin vb.) aslında gözle görülemeyen küçük maddelerin hareket ve değişiminin bir sonucudur.

- Feuerbach, Marks, Engels

Materyalist akım içinde bilgi felsefesini açık bir şekilde yansımacı görüşe dayandıran ilk isimlerinden biri olarak, Alman düşünür *Ludwig Feuerbach* (1704-1782) gösterilebilir. *Marks* ve *Engels* üzerinde önemli etkisi olan *Feuerbach*'a göre, maddi dünya insan bilincinden bağımsız olarak vardır. İdealist düşünürlerin iddia ettikleri gibi, zihin (düşünce) varlığın temeli ya da yaratıcısı değil; tam tersine varlığın sonucu, daha doğrusu onun bir özelliğidir. İnsanın dış gerçeklik hakkında bilgi edinmesi, maddenin kendini insan zihnine aynen yansıtması ile mümkün olur. Bilgi edinme sürecinde zihin tamamen edilgen durumdadır. Bilgiyi mümkün kılan, maddenin kendini yansıtma gücüdür.²⁰

¹⁹ Hegel ve Platon'un görüşlerinin bu yönden bir değerlendirmesi için bkz; Russel 1969, s.278-284.

²⁰ Friedrich Engels, 1999. *Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu*. Çev. İ. Yarkın. Sol Yayınları, Ankara, s.20-21, 26-33; G. V. Plehanov, (tarih yok), *Marksist Düşüncenin Temel Meseleleri*. Çev. S. Hilav, E. Buri, N. Burhan, S. Mimoğlu. Sosyal Yayınları, İstanbul, s.30-32.

Karl Marks (1818-1883), *Feuerbach*'ın açıklamalarını kısmen benimsemiş, kısmen de eleştirmiştir. *Marks*'a göre, temel gerçeklik olan maddi dünya insan zihni tarafından aynen kavranabilir. Ama bu kavrama sürecinde, *Feuerbach*'ın ifade ettiği gibi, insan zihni tümüyle edilgen bir durumda değildir. Dış dünya sürekli zihnimize yansır, ama bu yansıma eksik bir yansımadır ve bilgiyi kavramamız için yeterli değildir. Dış dünyadan edindiğimiz duyuların zihinsel süreçlerle kavramsallaştırılması ve ortaya çıkan verilerin pratikte denenmesi gerekir. Bu denemede başarılı olan bilgi, maddenin gerçek özelliklerini yansıtan bilgidir. Dolayısıyla bilgi, *Feuerbach*'ın belirttiği gibi, maddenin kendisini insan zihninde yansıtması şeklinde basit bir biçimde ortaya çıkmaz. Bilgi, insan zihnine yansıyan özelliklerin düşünsel bir çabayla kavramsallaştırılması ve daha sonra eylemle sorgulanmasıyla inşa edilir.²¹

Marks ile birlikte ve *Marks*'tan bağımsız olarak yazan *Friedrich Engels*'in (1820-1895) bilgi kuramı üzerine görüşleri çelişkili olmakla birlikte, genel olarak yansımacılığın izlerini taşır. *Engels*'e göre, zihnimiz çok duyarlı bir yapıya sahip olmasına rağmen, bilgi edinme sürecinde edilgen bir konumdadır. Dış gerçekliği algılayan duyularımız gerçeğin kopyaları ya da aynadaki yansımalarıdır. *Engels*, *Ütopik Sosyalizm ve Bilimsel Sosyalizm*'in girişinde, şimdiye kadar duyularımızın zihnimizde yanlış ya da tutarsız fikirler yarattığını gösteren tek bir örnek bulunmadığını söyler ve bu konudaki şüpheli yaklaşımı eleştirir: “*Ama hemen ardından yeni-Kantçı bilinemezci ortaya çıkıp diyor ki; bir şeyin niteliklerini doğru olarak algılayabiliriz, ama şeyin kendisini hiçbir duyulur ya da zihinsel yolla kavrayamayız. Bu kendinde-şey, kavrayışımızın ötesindedir. Hegel, buna çok önceleri şu karşılığı vermişti; bir şeyin bütün niteliklerini biliyorsanız, şeyin kendisini de biliyorsunuz demektir...*”²²

²¹ Bkz: Plehanov, s.32-33; Mağcupyan 1997, s.29-30.

²² Friedrich Engels, 1978. *Ütopik Sosyalizm ve Bilimsel Sosyalizm*. Çev. Ö. Ünalın. Sol Yayınları, Ankara, s.43. Aynı konuyu *Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu* isimli çalışmasında da ele almıştır (s.23-25). Buna karşılık, *Anti-Dühring*'te insan bilgisinin sınırlı oluşundan söz eder: “*demek ki insanlar, şu çelişki ile karşı karşıya bulunuyor: Bir yandan, tüm ilişkileri içinde evren sistemi üzerine eksiksiz bilgi edinmek ve öte yandan, hem kendi öz nitelikleri ve hem de evren sisteminin niteliği nedeniyle, bu sorunu tamamen çözmeye hiçbir zaman yetenekli olmamak... Gerçekten, dünya sisteminin düşüncedeki her yansıması, nesnel olarak tarihsel durum ve öznel olarak düşünce sahibinin fizik ve ruhsal niteliği nedeniyle sınırlıdır ve sınırlı kalır.*” Engels 1995, s.87. *Doğanın YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

Peki, bir nesnenin tüm özelliklerini bildiğimizi ve bu bilgimizin o nesnenin kendisiyle özdeş olduğunu nasıl kanıtlayabiliriz? Duyularımızın dış gerçekliğin tam bir kopyası olduğunu anlayabilmek için, hem duyularımız aracılığıyla edindiğimiz bilgiyi, hem de dış gerçekliğin duyularımız devreye girmeden edinilen kendi öz bilgisini yan yana koyarak karşılaştırmak gerekir. Bu ise mümkün değildir. Çünkü insan dış gerçekliğe ancak duyuları aracılığıyla bakabilir. Onları devreden çıkardığında dış gerçekliği algılayamaz. Böylece, bilgi edinme sürecinde duyulardan hareket eden bir görüşün, insanın mutlak gerçeğe ulaşır ulaşmadığı konusunda kesin bir şey söyleyememesi ve rölativizme götürmesi kaçınılmaz olacaktır.

Engels, kuşkucu, bilinemezci filozofların ortaya attığı bu soruna şöyle açıklık getirir: “Duyularımızın bize kendileriyle algıladığımız nesnelere doğru tasarımlarını verdiğini nereden biliyoruz?... Çöreğin varlığının kanıtı, yenmesindedir. Bu nesnelere, onlarda algıladığımız niteliklere göre, kendi yararımıza kullanmaya başladığımız an, duyusal algılarımızın doğruluğunu ya da yanlışlığını yanılmaz bir sınamadan geçirmekteyizdir... Bir başarısızlığa uğradığımız zaman, başarısızlığımızın nedenini bulmada genellikle pek gecikmeyiz; kendisine dayanarak iş gördüğümüz algının ya eksik ve yüzlek ya da başka algıların sonuçları ile onların elvermediği bir tarzda birleştirilmiş olduğunu anlarız.”²³ Görüldüğü gibi, nesnelere hakkındaki bilgimizin yanlışlığı yalnızca algıların eksikliğine ya da çeşitli algıların doğru biçimde birleştirilmemiş olmasına dayandırılmakta, algıların gerçeği yansıtmaması olasılığı tümüyle dışlanmaktadır.

- Lenin, Stalin

İnsan bilgisi için sağlam bir temel, nesnel bir ölçüt arayışını sürdüren *Lenin*, materyalist yansımacılığı mantıki sonucuna ulaştırır; açık ve kesin bir dille, nesnelere gerçek bilgisine ulaşılabilirliğini söyler. *Lenin*, *Marks*'ın eksik yansıma görüşünden çok *Feuerbach*'ın tam yansıma görüşüne ağırlık vermiş görünüyor: Bir nesnenin kendi nitelikleri ile zihnimizdeki tasarımı arasında bir fark yoktur ve olamaz. İnsanın bilme yetisi, “dünyanın ya da

Diyalektiği isimli çalışmasında bu konuda kesin yargılar belirtmekten çok, mevcut görüşlerin bir eleştirisini yapar. Bkz: Engels 1991, s.243-265.

²³ Engels 1978, s.42-43.

doğanın şeylerini yansıtan aynaya benzer bir alettir."²⁴ Tek farklılık bilinenle henüz bilinmeyen, yüzeysel olarak bilinenle daha ayrıntılı bilinen arasındadır. *Lenin*, insan bilgisi ile dış dünyanın gerçek bilgisi arasında farklılık olabileceği yönündeki *Kant* ya da *Hume*'dan etkilenen görüşleri "tamamen saçma, zırva ve uydurma" olarak niteler.²⁵ Böylece, doğruluk sorunu daha ilk aşamada; bilgi edinme sürecinde çözüme kavuşturulmakta, bu bilginin pratikte sınanması ikinci derecede önem taşıyan bir konu haline gelmektedir.²⁶

Lenin, parti içi görüş farklılıklarını gidermek ve parti üyeleri arasında giderek yaygınlaşan yeni-Kantçı eğilimi durdurmak amacıyla yazdığı *Materyalizm ve Ampiryo-Kritisizm*'de, *Engels*'in görüşlerini temel alarak şu sonuca ulaşır:

"Materyalistlere göre, duyularımız nesnel gerçeğin biricik ve kesin imgeleridir; bu kesinlik, şimdiden en sonuna dek kavranmış olduğu anlamında değil de, herhangi bir başkasının bulunmadığı ve bulunamayacağı anlamındadır."²⁷ "Soruyoruz; insan kırmızıyı gördüğü ya da katılığı duyduğu zaman nesnel gerçeklik kendisine verilmiş midir, verilmemiş midir?... Eğer nesnel gerçeklik verilmemiş ise, siz, Mach ile birlikte, kaçınılmaz olarak, öznelciliğe ve bilinemezciğe batıyorsunuz... Madde... duyularımız tarafından kopya edilen, resmedilen ve yansıtılan nesnel gerçekliği gösteren felsefi bir kategoridir."²⁸ "Duyularımız nesnel, yani insanlıktan ve insanların duyularından bağımsız olarak var olan gerçeği yansıtırlar."²⁹

Lenin, bilgi edinme sürecinde insan zihninde oluşan tasarımın dış gerçekliği aynen yansıtip yansıtmadığı konusundaki en küçük bir kuşkunun bile, kişiyi idealizme götüreceği kaygısıyla hareket etmiştir. Her tür kuşkucu görüşü, insan zihninden ya da tanrısal zihinden bağımsız bir maddi dünyanın olamayacağı görüşüne varacağı düşüncesiyle, kategorik olarak reddetmiştir. Epistemolojik bir sorun, ontolojik bir soruna dönüştürülerek,

²⁴ V. İ. Lenin, 1993. *Materyalizm ve Ampiryo Kritisizm*. Çev. S. Belli. Sol Yayınları, Ankara, s. 272.

²⁵ Lenin 1993, s. 104-405.

²⁶ Bkz: Mağçupyan 1997, s.27-28.

²⁷ Lenin 1993, s. 134.

²⁸ Lenin 1993, s. 136.

²⁹ Lenin 1993, s. 337.

diğer bir deyişle, insan bilgisinin sınırları sorunu, varlığın temelinin madde mi, tin mi olduğu sorunu ile ilişkilendirilerek çözülmek istenmiştir.

Oysa, kuşkucu görüşlerin tümü varlığın temelini maddi olmayan bir töze dayandıran idealistler tarafından dile getirilmemiştir. Kuşkuculuk, mutlaka maddi evrenin maddi olmayan bir tözün ürünü olduğu görüşüne varır demek doğru değildir. Hem materyalist olmak, hem de duyularımızın nesnel gerçekliği tam olarak değil, fakat belli bir ölçüde yansıttığını ileri sürmek mümkündür. Ancak *Lenin*, dış dünyanın gerçek bilgisinin bilinebilirliğine dair en küçük bir kuşkuyu mahkûm etmiştir:

“Atomları, molekülleri, elektronları vb. maddenin nesnel olarak gerçek hareketini, bizim zihnimizdeki yaklaşık doğru yansılarını olarak almak, dünyanın bir filin üstünde durduğuna inanmakla aynı kapıya çıkar!... Eğer doğa bilimleri, teorileri ile bize nesnel gerçeğin bir imgesini veremezler ve ancak istiareler, simgeler, insan deneyinin biçimleri vb. verirlerse, insanların da, başka bir alanda, kendilerine Tanrı vb. gibi daha az gerçek olmayan ‘kavramlar’ yaratmaya hakkı olacağı tartışma götürmez.”³⁰

Bu noktada şu soru sorulmalıdır: *Lenin*, duyuların insanı yanıltmadığından, duyularla edinilen bilginin nesnel gerçeğin bilgisi olduğundan nasıl bu kadar emin olabiliyordu? *Materyalizm ve Ampiryo-Kritisizm* isimli çalışmasında bu konuda bir tartışma bulmak mümkün değildir. Çünkü nesnel gerçekliğin bilinebilirliğine ilişkin en küçük bir tereddüt, ‘idealizme varır’ denilerek olumsuzlanmıştır. Bununla birlikte, yazarın genel yaklaşımını şu şekilde yorumlamak mümkün gözüküyor: Bilgi edinme sürecinde, duyuların dış gerçekliği değiştirebilme, ona kendinde olmayan bir özellik yükleyebilme olanağı yoktur. Dolayısıyla, süreç, zihin ile dış dünya arasındaki ilişki olarak ortaya çıkıyor. Zihin, bir ayna gibi (duyular aracılığıyla) önüne konan nesnelere yansıtır. Bu yansıtma özelliği, bizatihi maddenin kendi gücü ile mümkün olmaktadır. Zihin tamamen edilgen konumdadır. Böylece, duyularını esas alan bilgi edinme sürecinin karşılaştığı en önemli sorun çözülmüş oluyor: Bilgi edinme sürecinde duyularımızın bizi yanıltması mümkündür. Duyuların dış gerçeklikle özdeş olduğundan emin olamıyorduk. *Lenin*, yansıma ilişkisini duyuların ötesine taşıyarak, gerçekliğin doğrudan zihnimize yansıdığını söyler. Böy-

³⁰ Lenin 1993, s. 389-390.

lece duyumlar nesnelleşir ve bilginin doğru yönde olması garanti altına alınmış olur.³¹

Marksist akımın *Lenin*'den sonraki önemli isimlerinden olan *Stalin*'in görüşleri de *Lenin*'inkiyle paraleldir: “Dünyayı ve dünya yasalarını bilme imkânını yadsıyan, bilginin sağlamlığına inanmayan, nesnel doğru tanımayan ve dünyanın bilim tarafından asla bilinmeyecek ‘kendinde şeyler’le dolu olduğunu savunan idealizmin tersine, Marksist felsefi materyalizm, dünyanın ve dünya yasalarının tamamen bilinebilir olduğundan; doğa yasaları hakkında deneyimle, pratikle sınanmış bilginin, nesnel doğru değerinde sağlam bir bilgi olduğundan; dünyada bilinmeyecek hiçbir şey olmadığından, sadece şimdilik bilinmeyen, fakat bilimin ve pratiğin güçlerince ortaya çıkarılıp bilinebilecek şeyler olduğundan hareket eder.”³²

Materyalist Yansımıcılığın Siyasal Sonuçları

Materyalizm, varlığın temeli olarak maddeyi kabul etmesi ve zihin ya da düşünceyi maddenin bir özelliği olarak nitelendirmesi ile idealizmden farklılaşır. Bu bağlamda, materyalizmde, maddeden bağımsız ya da maddeyi yaratan bir üst zihin ya da Tanrı'ya yer yoktur. Bununla birlikte, bilgi edinme sürecinde maddeye biçilen rol son derece ilginçtir. Madde, kendi öz gücüyle kendisini zihinlere yansıtmaktadır. O halde, tüm maddi nesnelere bu gücü kazandıran ortak bir özellik, değişmeyen bir *maddi öz* söz konusudur. Maddenin bu özelliği, idealist yansımıcılıkta Tanrı'ya ya da üst zihne biçilen rolün benzeridir: “*Buradaki temel fark, idealizmdeki bilinçli, amaçlı ve irade sahibi üst zihnin yerini, bilinçsiz, amaçsız ve iradesiz bir maddi çerçevenin almış olmasıdır.*”³³

Dış gerçekliğin insan zihnine aynen yansımaları, duyumlara dayanan bilgi edinme sürecinin yol açtığı bazı sorunları ortadan kaldırırsa da, siyasal sonuçları nedeniyle önemli olan bir soru hala yanıt beklemektedir: Dış gerçeklik aynen insan zihnine yansıyor, neden insanlar arasında bu kadar

³¹ Lenin 1993, s. 45, 236. Ayrıca bkz: Mahçupyan 1997, s.27-28; Maurice Cornforth, 1997. *Bilgi Teorisi*. Çev. H. Selman. Yorum Yayınevi, İstanbul, s.35-36; George Sabine, 1997. *Yakınçağ Siyasal Düşünceler Tarihi*. Çev. Ö. Ozankaya. Cem, İstanbul, s.270-271. Lenin'i farklı yorumlayan bir görüş için bkz: Şahin Yenişehirlilioğlu, 1996. *Felsefe ve Diyalektik*. Ümit Yayıncılık, Ankara, s.282-283.

³² J. V. Stalin, 1995. *Diyalektik ve Tarihi Materyalizm*. Çev. İ. Yarkın. İnter Yayınları, İstanbul, s.19.

³³ Mahçupyan 1997, s.26.

büyük görüş farklılıkları vardır? Materyalist yansımacılık, bunun nedenini varlığın özündeki çelişkilere ve insanlar arasındaki bilgi farklılığına bağlar. Konuyu bir örnekle açıklayalım:

Uçak hakkında hiçbir bilgisi olmayan, modern yaşamı tanımayan üç kişiye, sırayla 5, 10 ve 15 dakika süreyle bir uçağı gözleme olanağı sağlanmış olsun. İlk beş dakikalık gözlem süresinde uçak pistte durmakta ve içinde insanlar oturmaktadır. İkinci beş dakika içinde uçak pistte hareket etmekte ve son beş dakikalık sürede de havalanıp pisti terk etmektedir. Uçağı hareketsiz gören ilk gözlemci, onun bir tür barınma yeri olduğunu; ikinci gözlemci, yerde hareket eden bir ulaşım aracı olduğunu; üçüncü gözlemci ise, uçan bir nesne olduğunu düşünecektir. Her üç gözlemci de uçağın bazı özelliklerini doğru olarak bilmektedir. Ancak sınırlı bilgi ile uçağı tanımlamak, yanıltıcı sonuçlar verecektir. Doğru ama eksik bilgi sahibi olan ilk gözlemci, uçağı bir tür barınak; ikinci gözlemci ise, karada çalışan bir ulaşım aracı olarak tanımlayacaktır. Uçak hakkındaki en doğru bilgi, onu en uzun süre gözlemleyen üçüncü kişiye aittir.

Bir konu hakkında eksiksiz bilgi sahibi olmak ve o konuya ilişkin mutlak gerçeğı ortaya koymak kolay bir uğraşı değildir. Çünkü insan düşüncesindeki farklılıkların tek nedeni bilgi farklılaşması değil, aynı zamanda, varlıkların doğasının birbiriyle çelişen öğelerden oluşmasıdır. Tüm varlıklar birbirine karşıt, birbiriyle çelişen öğelerden oluşur: pozitif-negatif, siyah-beyaz, proletarya-burjuvazi, varlık-yokluk, sıcak-soğuk gibi. Her şey kendi zıddını, çelişimini içinde barındırır. Dolayısıyla, çelişen unsurlar gerçeğın bir parçasıdır. Birbiriyle çelişen unsurlar içeren varlığın gerçeğine, ancak diyalektik yöntemle ulaşılabilir. Modern Çağ'da *Hegel* tarafından evrenin gelişiminin yasası ve gerçeğın ortaya çıkartılmasının yöntemi olarak kullanılan diyalektik akıl yürütme ve analiz, birbiriyle çelişen düşüncelerin çatışması (tez-antitez) ve bu çatışmanın aşılmasıyla (sentez), ilk bakışta görülemeyen nesnel gerçeğın anlaşılabilceğı esasına dayanır.

Diyalektik yöntem gerçeğe ulaşmanın yegane yolu olarak kabul edilse bile, bir konuda kimin daha doğru ve güvenilir bilgiye sahip olduğunu nasıl anlayacağımız sorusu hala cevaplandırılmayı bekliyor. Materyalist yansımacılığa göre bunun yolu, bilginin pratikte sınanmasıdır. *Marks* ve *Engels*, mutlak doğruya akıl yoluyla ulaşılabilceğı görüşünü reddeder. Bazı filozoflar, duyular aracılığıyla gelen verilere dayanarak mutlak bil-

giye ulaşılamayacağını, yalnızca akla dayanarak elde edilen bilginin doğruluğundan kuşulanılamayacağını savunmuşlardır. Marks'a göre; “*nesnel hakikatin insan düşüncesine atfedilip atfedilemeyeceği sorunu bir teori sorunu değil, pratik bir sorundur. İnsan, hakikati, yani düşüncesinin gerçekliğini ve gücünü, bu dünyaya aitliğini pratikte kanıtlamalıdır. Pratikten yalıtılmış düşüncenin gerçekliği ya da gerçeksizliği konusundaki tartışma, tamamıyla skolâstik bir sorundur.*”³⁴

Maddi gerçekliğin değişmeyen yasaları vardır. Bilgimiz doğruysa bu yasaları yansıtmalıdır. Yüzlerce insanı taşıyan bir cismin uçabileceği ya da yıldızlar arası yolculuğu mümkün kılacak bir uzay gemisinin yapılabileceği gibi ilk bakışta doğa yasalarıyla çelişen görüşlerin doğruluğu, pratikte denenerek kanıtlanabilir. Aynı durum sosyal bilimler için de geçerlidir. Bir ülkede devrimin koşullarının oluşup oluşmadığı, devrim sürecinin hızlandırılması için hangi sınıfların ittifak yapabileceği ya da hangi tür örgütlenme ile devrim sürecine önderlik edilebileceği gibi konularda görüşler her zaman farklıdır. Doğru olan görüş, eylemde kendisini kanıtlayacak ve devrimin teorik çerçevesini çizecektir.³⁵

Doğru bilginin eylemle sınanması bazı zorluklara yol açar. Doğa bilimlerinde görüşlerin laboratuvar koşullarında sınanması mümkündür, sosyal bilimlerde ise böyle bir olanak söz konusu değildir. Her farklı görüş sahibinin ülkede ne zaman devrim yapılacağına ilişkin bir denemeye girişmesi düşünülemez. Bunun gibi, bir ülkenin izleyeceği dış politikayı, ilgili bütün görüşleri dikkate alarak deneme yanılma yöntemiyle belirlemek söz konusu olamaz. Ayrıca diyalektik materyalizme göre, maddi gerçeklik sürekli devinim ve değişim halindedir. Bu değişimi izlemeden, ancak belirli bir andaki gerçeği görebiliriz. Dış gerçeklik hızla değişir ve bilginiz doğru olmaktan çıkar.

Çok karmaşık olan dış gerçekliğin tam olarak algılanması, konunun tüm özelliklerinin iyice öğrenilmesi ve sürekli izlenmesine bağlıdır. Bu hem bir eğitim hem de yetenek meselesidir. Tam ve sağlam bilgi, bu alanda çalışan iyi eğitim almış uzmanlarda, teorisyenlerde bulunacaktır. Sosyal ve siyasal sorunlar üzerinde sıradan insanların sahip oldukları bilgi, yalnızca gerçeğin küçük bir kısmını yansıtacak, maddi gerçekliğin sürekli değişim içinde olması nedeniyle, bu sınırlı bilginin de geçerliliğine hep

³⁴ Marks, Engels 1999, s.22.

³⁵ Lenin 1993, s.113; Engels 1999, s.48-57.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

kuşkuyla bakılacaktır: Mahçupyan'ın belirttiği gibi, “bu kuşkunun giderilmesi, ancak eylemle veya dış gerçekliğin yasalarını bize tercüme edecek insanların varlığıyla mümkün olmaktadır. Eylemin de bir bilgi konusu olduğu düşünülürse, eylemin sadece otoriteye sahip olanların meşru hakkı haline gelmesi doğaldır. Bilme ve eylem yapmanın tekelleşme eğilimi içinde tek bir otoriteye teslimi demek olan bu yaklaşım, otoriter zihniyetin felsefi temelini oluşturmaktadır.”³⁶

Bu noktada, diyalektik materyalizmin bilgi edinme sürecine ilişkin benimsediği yansımacı yaklaşımın, onu tek geçerli yöntem olarak alan Marksizmin sınıfsız, devletsiz, gerçek eşitlik ve özgürlüğün yaşanacağı toplum düzeni idealiyle ne ölçüde uyduğu sorgulanması yararlı olacaktır.

Materyalist Yansımacılık ve Eşitlikçi, Özgürlükçü Toplumsal Düzen Arayışı

Marks, Hegel'den aldığı *diyalektik* kavramını doğaya, tarihe ve topluma uygulamıştır. Hegel'e göre, tüm varlığın temeli olan *mutlak varlık* kendi içinde değişim ve gelişim geçirir. Bu değişim *tez*, *antitez* ve *sentez* aşamaları olarak belirir. *Marks* da *Hegel* gibi, tarihin ve sosyal yaşamın kendi içindeki çelişkilerle geliştiğini, yani diyalektik bir özellik gösterdiğini kabul ediyordu. *Hegel*'den farklı olarak, diyalektik gelişmeyi mutlak varlığa dayandırmıyor, diyalektiği dinsel ve idealist özelliklerinden arındırıyordu. Marksizm, varlığın sürekli bir değişim içinde olduğunu kabul eder. Bu değişimin nedeni, her varlığın kendi içinde karşıtını (antitezini) taşımasıdır. Karşıtların çarpışması ile varlık yeni ve üst bir aşamaya (senteze) ulaşır. Bu bağlamda, ilk toplum biçimi olan ilkel toplumda ortak mülkiyet (tez) söz konusudur. Tarih boyunca, ortak mülkiyet karşıtına yani özel mülkiyete (antitez) dönüşmüştür. Özel mülkiyete dayanan kapitalist sistem, kendi karşıtını içinde taşır: Kapitalist mülkiyet işçi sınıfının toplu çalışmasının ürünü olduğu halde, ortak mülkiyet olarak kullanılmamaktadır. Bu çelişki aşılanacak ve sosyalist ortak mülkiyete (sentez) geçilecektir.³⁷

Marksizm, 19. yüzyıla kadarki sosyal gelişmeyi ilkel komünal toplum, köleci toplum, feodal toplum ve kapitalist toplum olarak sınıflandırmış, kapitalizmden sonraki aşamayı ise, proletarya diktatörlüğü ve sosya-

³⁶ Mahçupyan 1997, s. 33-34.

³⁷ Bkz: Gökberk 1985, s. 463-464.

lizm aşamalarından geçilerek ulaşılabilecek olan *sınıfsız ve devletsiz bir komünist toplum* olarak öngörmüştü. Sosyal gelişmenin bu yönde ilerleyeceği konusunda bir kuşku duymamış, bunun bir *tarih ve toplum yasası* olduğu vurgulanmıştır.³⁸

Marks, sosyal gelişmeye sınıf çatışmalarının yön verdiği görüşünü Fransız tarihçilerinden aldığını ve buna yeni unsurlar eklediğini belirtmiştir: “Benim yeni olarak yaptığım şey, (1) sınıfların varlığının üretimin gelişimindeki belli tarihsel aşamalarla ilişkili olduğunu, (2) sınıf savaşımının zorunlu olarak proletarya diktatörlüğüne varacağını, (3) bu diktatörlüğün, yalnızca bütün sınıfların ortadan kaldırılmasına ve sınıfsız topluma bir geçiş olduğunu göstermekten ibarettir.”³⁹

Marks’a göre, yaşadığı dönemde (19. yüzyıl) sınıflar arasındaki çatışma tez aşamasındadır. Antitez proletarya diktatörlüğüdür, sentez ise komünist toplum düzeni olacaktır. Hemen görülebileceği gibi, tarihin akışının bu yönde olacağı bir tahmin olmanın ötesinde, bir *yasa* olarak formüle edilmiştir. Söz konusu olan tarihin ve sosyal gelişmenin yasasının keşfedilmesidir. “Marksizm” terimi de, bu öğretiyi benimseyenler tarafından *tarihin ve toplumun genel gelişme yasalarının bilimi* olarak tanımlanır. Magee’ye göre:

“*Marks*, insan toplumlarının gelişiminin kendisinin keşfettiği bilimsel yasalarla yönetildiğine inanıyordu. Bilim anlayışı, ister istemez Einstein öncesinin bilim anlayışıydı. Zamanının başka bütün bilgili kişileri gibi, *Marks* da Newton’un maddenin uzamdaki devinimlerini yöneten Doğa Yasalarını keşfettiğini, dolayısıyla herhangi bir fizik sistemi hakkında, ilgili veriler elde olunca, onun bütün gelecek evrelerinin önceden kestirilebileceğini sanmaktaydı. Böylelikle, gündeğümünün, günbatımının, ay ve güneş tutulmalarının, gelgitlerin vb. zamanını öndeyileyebiliyorduk... *Marks* kendi keşiflerini, işte tam buna koşut görmüş ve Newtoncu terimler kullanarak da koşutluğu vurgulamıştır. *Das Kapital*’de kendisinin ‘kapitalist üretimin Doğa Yasalarını’ keşfettiğini söyler...”⁴⁰

³⁸ Marksizmin bu konudaki saptamalarının kesinliği Karl Marks’ın şu iki yazısında güçlü bir şekilde vurgulanıyor: “Ekonomi Politigin Eleştirisine Katkı: Önsöz” ve “Kapital (Birinci Cilt) Almanca İkinci Baskıya Önsöz”. K. Marks, F. Engels. 1999. *Felsefe Metinleri*. Sol Yayınları, Ankara, s.128-133; 158-162.

³⁹ “Joseph Weydemer’e Mektup, 5 Mart 1852”, K. Marks, F. Engels. 1999, s.111.

⁴⁰ Bryan Magee, 1982. *Karl Popper’in Bilim Felsefesi ve Siyaset Kuramı*. Çev. M. Tuncay. Remzi, İstanbul, s.85-86.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Bu iddialı yaklaşımın temelinde marksizmin bilgi felsefesi yatıyor. Tarihin ve sosyal gelişmenin kesinlik arzeden yasalarının bulunduğu ve buradan hareketle *siyasal doğruların* bulunabileceği görüşü, yansımacı modelin mantıklı bir sonucudur. Nitekim *Marks*, *Engels* ve *Lenin*'in bilgi felsefesi üzerine yazdıklarını yorumlayan *Stalin* şu sonuca ulaşmıştır:

“Dünya bilinebilirse ve doğanın gelişme yasaları hakkındaki bilgimiz nesnel doğru değerinde sağlam bilgiyse, toplumsal yaşam ve toplumun gelişmesi de bilinebilir şeylerdir ve toplumun gelişme yasalarına ilişkin bilimsel sonuçlar nesnel doğru değerinde sağlam verilerdir. Öyleyse, toplumsal yaşamın görüngülerinin bütün karmaşıklığına rağmen, toplum tarihinin bilimi, örneğin biyoloji kadar kesin bir bilim, toplumun gelişme yasalarından pratikte yararlanılabilecek bir bilim olabilir.”⁴¹

Sosyal bilimlerin biyoloji kadar kesin bir bilim olabileceği ve bu alanda kesin gerçeklere ulaşılabilmesi görüşü, siyasal mücadelede tartışılmaz bir üstünlük sağlama arayışından doğdu. Marksizmin iki büyük isminin, özellikle *Engels*'in bazı yazılarında açıkça yansımacı modeli benimsemesi, bu yöndeki çabalara teorik dayanak oluşturdu. Bununla birlikte, *Engels*'in, ilk çalışmalarının birinde, insan bilgisinin sınırlarını incelerken tam aksi görüşler savunduğu görmezden gelinmiştir. *Engels*'e göre, kesin bilgilere ulaşılabilmesi düşünülen matematik, fizik, astronomi gibi alanlarda bile bilimiz son derece sınırlıdır. Biyolojide, “*bütün insanlar ölümlüdür, bütün dışı memeli hayvanların süt bezleri vardır vb. gibi yavanlıklar*” dışında kesin bilgilere ulaşamaz. Sosyal bilimlerde durum çok daha kötüdür; “*insanlık tarihi alanında sağlam bilimiz, biyoloji alanından çok daha geridedir.*”⁴² Devlete ve topluma ilişkin konulardaki bilgimiz özsel olarak görelidir:

“Bu alanda son çözümlemede kesin doğruluklar, mutlak olarak değişmez katıksız doğruluklar avına çıkan biri, örneğin insanların genellikle çalışmadan yaşayamayacakları... Napoléon'un 5 Mayıs 1821'de öldüğü gibi en kötü cinsten yavanlıklar ve beylik düşünceler dışında, çok az avla dönecektir. Ne var ki, ölümsüz denen doğruluklara, son çözümlemede kesin doğruluklara vb., çoğu kez tam da bu alanda rastlamamız ilginçtir... [Bu alanda kesin doğruluklara ulaştığını savunanlar] ölümsüz ahlakı, ölümsüz adaleti hazırlap bir biçimde cepte taşır. Bu şimdikiye değin o denli

⁴¹ Stalin 1995, s.21.

⁴² Engels 1995, s.154.

çok yinelenmiş bir durumdur ki, kendilerinin böyle olduğuna inanacak kadar bön adamların hala var olmasına yalnızca şaşılır.⁴³ [Kesin doğruluklara ulaşıldığı görüşüne karşı çıkmak ya da bu konuda kuşku duymak]“ güçsüzlüktür, içinden çıkılmaz karışıklıktır, hiçliktir, ahlak bozucu kuşkuluktur, yalın nihilizmden daha kötü bir şeydir...[şeklinde mahkûm edilir].”⁴⁴

Engels, kendisinden önce yaşamış düşünürlerin görüşlerini eleştirirken, sosyal bilimler alanında, özellikle de devlet ve topluma ilişkin konularda kesin gerçeklere, mutlak doğrulara ulaşamayacağını savundu. Buna karşılık, diyalektik materyalizmi devlete ve topluma uygulayarak, bu türden kesin sonuçlara ulaşma yeterliliğini kendisinde gördü. *Ütopik Sosyalizm ve Bilimsel Sosyalizm*’de insanlığın tarihine ve geleceğine ilişkin kesin doğruları sıralayarak, çalışmasını, komünist topluma giden süreçte “*eksiksiz bilgileri proletaryaya anlatma görevi bilimsel sosyalizmin ödevidir*”, diyerek noktalar. Başta *Lenin* olmak üzere, *Engels*’in ardılları, bilimsel sosyalizmin kesin doğrularını dile getiren komünist partinin saptamalarından en küçük kuşku duyanları kuşkululukla, idealizme ya da nihilizme kaymakla suçlamıştır.

Lenin’in marksizmi yorumlama biçimini değerlendiren Sabine şöyle diyor: “*Lenin*’de karşılaşılan gerçek güçlük, geçerli gerekçelerle karşı çıktığı kimselerin yaptıkları şeyin aynını, farklı bir yoldan kendisinin yapmış olmasıdır. Diyalektik maddecilik onun için her bilmeceye çözüm sağlayan bir tür büyümlü anahtar, ya da ‘açıl susam açıl’ idi... [Bu tutum] marksizmi bir açıklamadan çıkarıp her konuya uygulanabilen ve her birinde tek emin kılavuz olan bir tür evrensel yönleme, yani daha yüksek bir bilgi biçimine, bütün bilimlerin tartışılabilir her türlü sonuçları için başvurulacak bir hakeme dönüştürmüştür.”⁴⁵

Tarihin akışının kapitalist toplumdaki komünist topluma doğru olacağına bir doğa yasası kesinliğiyle dile getirilmesinin ne derece doğru bir yaklaşım olduğu ayrıca tartışılmalıdır. Burada konumuz bakımından üzerinde durulması gereken nokta, yansımacı bir epistemolojik temel üzerine

⁴³ Engels 1995, s: 155.

⁴⁴ Engels 1995, s. 155-156.

⁴⁵ Sabine 1997, s. 273. “Gerçekten *Lenin*, Marksizmi yalnızca bir inanç konusu olarak almış[tır]... Bu bakımdan *Lenin*’in Marksizmi, genellikle izlediği *Engels*’in Marksizminden oldukça farklıydı.” Sabine 1997, s. 275.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

inşa edilen toplum düzeninin eşitlikçi ve özgürlükçü olup olamayacağıdır. Öyle görünüyor ki, Marksizmin öngördüğü anlamda kapitalist düzendeki sınıflar ortadan kaldırılırsa, hatta bir şekilde devletin yok olacağı iddiası gerçekleşse bile, toplumda her zaman mutlak bilgiye sahip olanlarla olmayanlar arasındaki keskin ayırım var olmaya devam edecektir.

İnsanlar arasındaki bilginin *nicelik* yönünden farklılaşmasının bir hiyerarşi ve iktidar talebi yaratmasını önleyecek mekanizmalar bulunabilirse de, burada söz konusu olan bilginin *nitelik* yönünden farklılaşmasıdır. Mutlak doğru ile yanlış ya da eksik bilginin karşılaştığı her yerde, birincisine sahip olanların doğal bir önderlik talebiyle ortaya çıkmaları kaçınılmazdır. Mutlak ya da kesin bilgi, kendisini bu bilgiye sahip olmayanlara kabul ettirmek bakımından alınabilecek zorlayıcı önlemleri meşrulaştırıcı bir özelliğe sahiptir. Üstelik bu cebri önlemler bir zorlama değil, kişileri aydınlatma, özgürleştirme çabası olarak sunulabilecektir. Bu nedenle, bilgi felsefesini yansımacı modele dayandırdığı sürece, Marksizmin, insanlığı eşitlikçi ve özgürlükçü bir toplum düzenine götüreceği bir ideoloji (ya da kendi adlandırmalarıyla *bilim*) olarak nitelendirilmesi zordur.

Yansımacılığın Eleştirisi

İdealist ve materyalist yansımacı görüşlerin, insanın mutlak doğruyu bilebileceğini savunduğunu gördük. İnsan zihninin maddenin ya da üst zihnin (Tanrı'nın) gücü sayesinde dış gerçekliği aynen yansıttığı ileri sürülüyordu. Fakat bu durum, herkesin mutlak doğruları bildiği anlamına gelmez. Konular hakkında insanların sahip oldukları verilerin düzeyi farklı dereceldedir. Bu veriler dış gerçekliği aynen yansıttığı için yanlış olamazsa da, eksik olabilir. Bir konu hakkında en çok veriye sahip olan en doğru bilgiye, tüm verilere sahip olan ise mutlak bilgiye sahip demektir. İnsanlar arasında büyük görüş farklılıkları bulunmasının nedeni, sahip olunan bilginin derecesinin farklı oluşudur. Materyalist yansımacılıkta, bilgi farklılığının yanı sıra, varlığın doğasının çelişik öğelerden oluşması ve sürekli değişim geçirmesi de, doğru bilgi edinilmesini güçleştiren bir özelliktir.

İdealist yansımacılıkta, bilgi kendi içinde bir hiyerarşiye sahip olduğundan, tanrısal bilgi dünyevi bilgiden üstün tutulmuş ve yalnızca ilahiyatla ilgilenen kesimin mutlak doğruyu öğrenebileceği varsayılmıştır. Materyalist yansımacılıkta ise, dış gerçeklik son derece karmaşık ve sürekli değişen bir nitelik gösterdiğinden, konunun uzmanı olmayan kişilerce tam

olarak anlaşılabilmesi söz konusu değildir. Üstelik dış gerçekliğe ilişkin verilerin sağlam bilgiye dönüşebilmesi için pratikte sınanması da gerekir. Tüm bunlar ancak uzmanların, teorisyenlerin yapabileceği şeylerdir. Bu yaklaşımın doğal sonucu, idealist ya da materyalist yansımacılıktan hareket eden bir siyasal ideolojinin, bilenler-bilmeyenler ayırımına dayanarak, toplumu yöneten ve yönetilenler biçiminde iki kesime ayırması ve yönetici eliti yönetilenlere karşı sorumlu olmaktan çıkarmasıdır. Mutlak doğruyu bilenlerin bu bilgiye sahip olmayanlar tarafından sorgulanması, denetlenmesi veya değerlendirilmesi söz konusu olamayacaktır.⁴⁶

Yansımacı bir epistemolojik temel üzerine kurulan devlet düzeninde, yönetici elit, izlediği politikalar bakımından mutlak doğrulara dayandığını ileri sürebilecektir. Bu durum, izlenen politikanın hiçbir şekilde sorgulanamaması demektir. Politik kararların alınmasında farklı görüşlerin değerlendirilmesi ya da halkın hakemliğine başvurulması söz konusu değildir. Rejim, karar alma süreçlerinde bazı demokratik mekanizmalar öngörmüşse bile, bu mekânlarda yönetici elitin savunduğu siyasal doğruların dışında bir görüş savunmak mümkün olamaz.

Marksizmin ilkelerini hayata geçirdiğini ve anayasasında sosyalist bir rejim kurduğunu ilan eden *Sovyetler Birliği*'nde, parlamentoda tüm kararların oybirliği ile alınmasının derindeki nedeni buydu. Oybirliği kuralına, sınıflar ortadan kaldırıldığı için çıkar farklılaşmasının (dolayısıyla görüş farklılaşmasının) bulunmadığı şeklinde bir açıklama getirilmiş olsa da, bu olgunun felsefi temeli, mutlak doğrunun olduğu yerde farklı görüşlerin dile getirilmesinin ya da farklı çıkarların savunulmasının düşünülemeyeceğidir. Mutlak doğrunun bilinmesi, oylama yapmayı ve demokratik usullerle karar almayı gereksiz kılar. Yansımacı modelin varsayımlarından hareket edildiği sürece, *Sovyetler Birliği* parlamentosu, rejimin ideologlarının açıkladığı mutlak doğruları oybirliği ile onaylamak dışında bir çalışma tarzına sahip olamazdı. Böylece ister materyalist, ister idealist felsefeye dayansın, toplumun bir kesiminin mutlak bilgiye ulaşabileceğini söyle-

⁴⁶ Estlund'ın belirttiği gibi, siyasal doğruların varlığı ve bu doğruların bilinebilirliği kabul edildiğinde, en önemli sorun, toplum içinde bir kesimin doğruları bildiğini toplumun geri kalanının nasıl bileceği sorusuna tatmin edici bir yanıt verilememesidir. Bundan emin olmak için, sıradan insanların, siyasal doğruları bildiğini ileri sürenlerin bilgisine sahip olması gerekir. Bu durumda, kimsenin bilgi ve uzmanlık bakımından diğerine üstünlüğü söz konusu olmayacak; 'bilgi yönetme hakkını meşrulaştırır' görüşü otokratik yönetimine bir dayanak oluşturmayacaktır. Bkz: Estlund 1995, s.84-85.

yen yansımacı anlayış, eşitsizlikçi, hiyerarşik bir sosyal yapı ve otokratik bir devlet düzeni ortaya çıkarır.

Konuya aksi yönden baktığımızda; otokratik, baskıcı, eşitsizlikçi rejimlerin de kendilerini mutlak bir doğruya ya da dogmaya dayanarak haklı kılmaya çalıştıklarını görüyoruz. Bu tür rejimler, *amaç araçları meşru kılar* ilkesinden hareketle, mutlak doğruyu gerçekleştirmek uğruna, başvurdukları sert önlemleri, baskıcı ve eşitsizlikçi uygulamaları kaçınılmaz yöntemler olarak meşrulaştırmaya çalışmıştır. Russell bu haklılaştırma çabasını şöyle eleştirir:

“Eğer eski zamanların teolojisi bütünüyle doğru olsaydı, sağ kalanların cennete gitmesi, birkaç kişinin diri diri yakılmasına değerd; fakat din sapkınlarının cehennemi boylayacakları kuşkulu idiyse, o zaman da eziyet etmenin haklılığı kanıtı geçerli olmazdı. Marks’ın tarihin sonu üstüne kehaneti doğru ise ve eğer özel girişim kapitalizmi kaldırılır kaldırılmaz, bundan böyle hep mutlu yaşayacağımız kesinse, bu sonucu diktatörlükler, toplama kampları ve dünya savaşları gibi araçlarla izlemek doğrudur; ama sonuç kuşkuluysa ya da bu araçların sonuca götüreceği kesin değilse, o zaman şimdi çekilen acı, bu gibi şiddetli yöntemlere karşı dayanılmaz bir kanıt olur. Yahudiler olmasaydı dünyanın bir cennet olacağı kesin olsaydı, Auschwitz’e karşı geçerli bir itiraz bulunamazdı, fakat dünyanın böyle metotlarla cehenneme dönmesi çok daha olası ise, o zaman zalimliğe karşı doğal insanıyetçi tepkimizi rahatlıkla gösterebiliriz.”⁴⁷

Russell’in mutlak doğruya dayanan rejimlere yönelttiği eleştiri haklı olmakla birlikte, bir yönüyle savunulamayacak unsurlar içeriyor. Yazarın görüşlerinden, bir şekilde mutlak doğruya ulaşmak ya da çok soylu bir amaca hizmet etmek söz konusuysa, yaşam hakkının ihlali, kitlesel katliamlar, ağır insan hakları ihlalleri gibi eylemlerin tolere edilebileceği izlenimi doğmaktadır. Yeter ki, kullandığımız araçların soylu amacı gerçekleştirilene kadar emin olalım. Oysa bu tür araçlar, günümüz insan hakları ve demokrasi anlayışında kesin olarak yasaklanmıştır. Bu yasağın ardındaki tek neden, mutlak doğruya hiçbir zaman ulaşılamayacağı ya da araçların amaca ulaşmak bakımından elverişli olduğunun kesin olarak belirlenemeyeceği kuşkusu değildir. 20. yüzyılın ikinci yarısında, geçmişin deneyimleri de dikkate alınarak, yöneldiği amaç ne denli soylu olursa olsun, insan

⁴⁷ Russell 1969, s. 288.

onuru ile bağdaşmayan bazı yöntemlerin yasaklanması konusunda farklı kültür çevreleri arasında görüş birliği oluşmuştur. İnsanı insan olmaktan çıkaran bu tür yöntemler kategorik olarak reddedilmiştir. Mutlak doğruya, evrensel hakikate ya da ebedi mutluluğa götürecek olsa da, bu soylu amaçların işkence ve soykırım gibi bazı araçların kullanılmasını hiçbir koşulda meşru kılmayacağı anlayışı büyük ölçüde yerleşmiştir.

Demokratik Zihniyet ve Mutlak Doğru

Son bir kaç yüzyılda bilimin elde ettiği başarılar göz kamaştırıcıdır. Sosyal bilimler hala kesinlikten uzak ve emekleme aşamasında olsa da, fizik, kimya, astronomi gibi çeşitli fen bilimlerinde ortaya konan yasalar, dış dünyayı anlamamıza büyük katkı yapmıştır. Bilimsel bilginin, gerçeğin ortaya çıkarılmasında diğer bilgi türlerine göre tartışmasız bir üstünlüğü bulunduğu açıktır. Yine de, bilimsel bilgi, olası bilgi türlerinden yalnızca birisidir. Biz, beş duyu organımızın sağladığı verileri anlamlı kılmaya, aralarındaki bağlantıları, karşıtlıkları göstermeye çalışarak bu yasaları formüle ettik. İnsandan daha farklı duyu organları olan, anlayış yeteneği bizimkilerden farklı formlar üzerine kurulu bir bilinçli varlık olsaydı, aynı konuları daha farklı algılar ve yasaları değişik biçimde formüle ederdi. Farklı bir bilincin doğayı anlamak için bizim geometrimizdeki şekillerin, matematiğimizdeki denklemlerin aynısını icat edeceğini ileri sürmek gerçekçi olmaz. Üstelik, anlayış yeteneği insan türünden çok daha gelişmiş bir varlığın edineceği bilginin, insanlığın bilgisinden nitelik olarak da farklılaşması mümkündür. Bu durumda, bilimsel bilgimizin her koşulda insanlığı aşan bir geçerliliğe sahip olduğunu savunamayız.

Bilimsel bulgularımızın insanı aşan bir meşruiyete sahip olduğu fikri tartışmaya açık olduğu gibi, bilim tarihi bize, evrensel olduğunu iddia ettiğimiz bazı doğa yasalarının geçerliliğinin zamana yenik düştüğünü de göstermiştir. Fizik bilimini ele alırsak; *Newton*'un evrensel yasaları *Einstein*'dan sonra değişmiş, kuantum fiziği de *Einstein*'ın bazı doğrularını geçersiz kılmıştır. Uzun süredir incelediğimiz ışığın, elektriğin, atomların, atom altı parçacıkların ne olduklarını hala tam olarak söyleyemiyoruz. Maddenin en küçük yapı taşlarının ortaya çıkartılmasına yönelik araştırmalar, atom altı parçacıkların küçüklüğünün bir sınırı olduğu ve bu sınıra ulaşıldığında maddenin tüm fiziksel özelliklerinin bilineceği ümidiyle devam ediyor. Bir gün maddenin tüm sırlarını açığa kavuşturmayı başarsak

bile, bunun maddenin insan zihni tarafından algılanış biçimi şeklinde, olası çok sayıda açıklama tarzından biri olacağı kuşkusuzdur. 21. yüzyıla kadar oluşturduğumuz bilimsel bilgi birikiminin, ne insanlığı aşan bir evrenselliğe, ne de mutlak doğruyu yansıtan bir kesinliğe sahip olduğunu söylemek mümkün gözüküyor.

Kesin ya da mutlak bilgiye ulaşma konusunda önemli bir nokta da şudur: Evreni anlama yetelerimize, zihnimizin doğası gereği getirilmiş bazı sınırlar olabilir. İnsan beyni, aklımız ve muhakeme yeteneğimiz bize geçmişin mirasıdır. Yüz binlerce yıllık süreçte bu organ ve işlevler çok basit bir amaç için evrimleşmiştir: Hayatta kalmayı sağlama. Oysa bugün zihinsel yeteneklerimizden atomun yapısını, evrenin oluşumunu, hayatın anlamını açıklığa kavuşturma gibi farklı ve karmaşık konuları aydınlatmasını bekliyoruz. Eğer aklımız ve beynimiz, atalarımızın hayatta kalması işlevi doğrultusunda evrimleşmişse, dış dünyayı kavrama konusunda aşılamaz bazı sınırlara sahip olabilir. Beynimizin en yetkin ve en kusursuz bir muhakeme aracı olduğunu düşünmek aşırı bir iyimserlik olabilir. John D. Barrow'un belirttiği gibi:

“Aklımız, bilim düşünülerek tasarlanmamıştır; evrim de onu öncelikle bu amaca uyarlamamıştır. Sahip olduğumuz nitelikler, artık var olmayan eski koşulların yol açtığı sorunlar sonucu ortaya çıkmıştır. Bizler, sosyal ilişkiler kurma, yaşayacak güvenli yerler bulma, yiyecek sağlama, çok sıcak ve çok soğuk önleme, eş cezbetme, tehlike ve saldırıdan korunma, mümkün olduğu kadar çok çocuk yapma yetilerinden oluşmuş bir paketiz. Bilimsel akıl yürütme yetimizin, bambaşka, çok daha sıradan amaçlar için seçilmiş yetilerin bir yan ürünü olduğunu anlamalıyız. Bu durumda, evrenin işleyiş biçimini anlamak için gereken kavramsal yetiye sahip olmamız için bir neden yoktur. Evrenin hem yaşama yol açacak ölçüde karmaşık, hem de bir canlı türünün sadece birkaç yüzyıllık ciddi bilimsel çalışma sonucunda onun en derin yapısını anlayabileceği ölçüde basit olması, kozmik boyutlarda bir rastlantı gerektirir. Evrenin bize kolaylık olsun diye oluşturulduğunu ummak için bir neden yoktur.”⁴⁸

⁴⁸ John D. Barrow, 2002. *Olanaksızlık: Bilimin Sınırları Sınırların Bilimi*. Çev. N. Arık. Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s.162-163. Reichenbach'a göre, “psikologlar kesinlik arayışını, çocukluğun ilk günlerine, kişinin henüz kuşku duygusundan tedirgin olmadığı, ana-babanın sağladığı güven içinde rahat olduğu günlere bir dönüş arzusu YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

Karl Popper'e göre, insan bilgisi doğası gereği kesinlikten uzak, geçici bir bilgidir. Bilgimiz sürekli artmakla birlikte, hiçbir aşamada bilgimizin *doğru* olduğunu *kesin* olarak kanıtlayamayız:

“Gerçekten, insanlığın düşünsel tarihinin şaşmaz bir olgusu, şu ya da bu zamanda, ‘bilinen’lerin çoğunun zamanla doğru olmadığına anlaşılmış bulunmasıdır. Dolayısıyla, bilginlerin ve filozofların her zaman yapmaya çalıştıkları şey, yani bir kuramın doğruluğunu kanıtlamaya ya da bizim bir kurama inanışımızı haklı kılmaya çalışmak, büyük bir hatadır, çünkü bu, mantıkça olanaksız bir şeye kalkışmak demektir. Oysa yapabileceğimiz şey – bu olabilecek en büyük önemi taşımaktadır – bir kuramı bir başkasına yeğleyişimizi temellendirmektir... Bilgi arayışında amacımız doğruya gitgide daha çok yaklaşmaktır, hatta bu yönde ilerlediğimizi de bilebiliriz, fakat hedefimize erişip erişmediğimizi hiçbir zaman bilemeyiz. Bilimi doğruyla özdeş tutamayız, çünkü hem Newton’un hem Einstein’ın kuramlarını bilim sayıyoruz, ama ikisi birden doğru olamaz, üstelik her ikisi de pekâlâ yanlış olabilir.”⁴⁹

Doğa bilimleri alanında ulaşamadığımız kesinliğe sosyal bilimler alanında yaklaşmış bile sayılmayız. İdeal bir devlet düzeni nasıl olmalıdır? En iyi yönetim biçimi hangisidir? Binlerce yıl öncesinden günümüze kadar, filozoflar, düşünürler ve siyaset kuramcıları bu sorulara çeşitli yanıtlar vermiştir. Parkinson’a göre, bugüne dek ileri sürülen görüşler, hiçbir geçerliliği olmayan bir takım dogmalardan pek farklı değildir. Son birkaç yüzyıl içinde doğa bilimlerinde çok önemli gelişmeler yaşanmasına rağmen, siyaset alanında bilimsel yöntemlere başvurularak bilgi üretildiğini söylemek zor gözüküyor. Orta Çağ’da bilimsel ilerlemenin önündeki en büyük engel bilgisizlik değil, bilim adamının her şeyi bildiğini düşünmesiydi. *Aristoteles*’in, *St. Augustine*’in, *Hipokrates*’in dogmaları kesin gerçekler olarak sorgulanmadan kabul ediliyordu. Bilimde gerçek ilerleme, tüm bu görüşlerin bir kenara itilmesi ve bilim adamının nesnelere bilimsel yöntemle incelemeye başlaması ile mümkün oldu. Bugün, siyasette de yapılması gereken budur:

olarak açıklamaktadırlar” (1981, s.33). Ayrıca bkz; Abraham Moles, 2001. *Belirsizin Bilimleri*. Çev. N. Bilgin. YKY, İstanbul, s.19-24.

⁴⁹ Magee 1982, s.24-25. Yazar, Popper’in bu konudaki görüşlerini kitabının ikinci bölümünde açıklamaktadır. Bkz; aynı yerde s.17-31.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

“Siyaset alanında bilimsel sürecin başladığı noktaya daha gelmiş değiliz. Hala Aristo’yu okuma dönemindeyiz. Daha da kötüsü, birbirimize hala siyasal kuramın değişmez ilkelerinden söz etmekteyiz. Bir kuramcı, ‘bilinen toplum tarihi... sınıf çatışması tarihidir’ demektedir. Başka biri, en mükemmel hükümet biçiminin temsili hükümet olduğunu söylemektedir. Bir üçüncüsü, genel iradenin her zaman haklı olduğunu, bir dördüncüsü de, proletaryanın diktatörlüğünün muhakkak geleceğini söylemektedir. Bir beşincisi kalkıp bütün insanların eşit olduğuna inandığını haykırırken, altıncı, bütün insanların her yanda zincirler altında olmaları gerektiğini söyleyerek onun sesini kesmektedir. Bir yedincisi bize, hükümetin, insanların hayat, özgürlük ve mutluluk haklarını korumak için kurulduğunu söyler. Sekizincisi, demokrasi ilkelerinin halkı mahvettiğine inanmaktadır. Dokuzuncusu, kahramanın yerinin yıldızların yanı olduğunu mırıldanır. Onuncusu da, insanlar sustukları zaman seslerinin en iyi duyulacağını söyleyerek tartışmayı kapatır.”⁵⁰

Tarihte ideal bir toplum düzeninin mutlak, kesin, evrensel yasalarının bulunduğu iddiası bazı düşünürlerce ileri sürülmüştür. Tarihin veya toplumun yasalarının fizik yasaları kadar kesinlikle formüle edilebileceği savunulmuştur. Ancak bu görüşlerin hiç biri, bugüne dek, içerdiği iddianın büyüklüğü oranında kabul görmeyi başaramamıştır. Mutlak siyasal doğrulara dayandığını iddia eden ideolojilerin, insanlığa yarardan çok zarar verdiklerini söylemek mümkündür.⁵¹ Doğa bilimleri ve sosyal bilimler alanında mutlak bilgiye ulaşamayacak olmamız, güçlü bir uygarlık ve sağlam bir sosyal düzen kuramayacağımız anlamına gelmiyor. Aslında, eşitlik, özgürlük, adalet gibi, çağımızda insana insan olma niteliğini kazandırdığı

⁵⁰ C. Northcote Parkinson, 1984. *Siyasal Düşüncenin Evrimi*. Çev. M. Harmancı. Remzi, İstanbul, s.273-274. Yazar, incelediği tüm görüşleri eleştirdikten sonra şu soruyu sorar: “Pekâlâ, ama hangi yönetim biçimi en iyisidir? Vereceğim karşılık, bunu benim de bilmediğimdir. Daha araştırmalarıma yeni başladım. Üstelik sorunuzu da çok iyi anlamıyorum. ‘En iyi’ ne demektir? Neyin ‘en iyisi’ sorulmaktadır? Böyle bir soruya karşılık vermeye kalkışmak, merdivenin en üst basamağına yakın olduğumuz kanısını doğurur. Oysa biz daha ilk basamağı bile çıkmış değiliz. Gerçek bilim adamı, her ayağını kaldırdığında tek bir adım atmamakla yetinir. Bilinen her hastalığı iyi edecek bir ilaç bulmaya kalkışmaz.” Aynı yerde, s.274.

⁵¹ “Evrensel hakikati (hakikati bulmanın evrensel yolunu) yürürlüğe sokma girişimi toplumsal alanda felaketlere, doğa bilimlerinde asla yerine getirilemeyecek vaatlerle süslü boş formalizmlere yol açmıştır.” Paul Feyerabend, 1995. *Akla Veda*. Çev. E. Başer. Ayrintı, İstanbul, s. 81.

kabul edilen değerlere dayanan bir sosyal düzen için, *mutlak siyasal doğru* iddiasından vazgeçmek iyi bir başlangıç olacaktır.

Kimsenin bilgisinin mutlak/tek doğru olmadığı kabul edildiğinde, tüm görüşler eşit saygı görecektir ve korunacaktır. Mutlak doğrunun olmadığı yerde, toplum içinden bir kesimin, mutlak doğruyu bilmenin verdiği güçle diğerleri üzerinde iktidar kurması söz konusu olamayacaktır. İnsan doğasını, toplum düzenini ve devleti açıklayan mutlak doğrular olmadığına göre, yapılması gereken, insanların, grupların, halkların görüş ve kanaatlerine, kendilerini tanımlama ve ifade etme biçimlerine, farklılıklarını koruma çabalarına ve geleceğe ilişkin beklentilerine saygı göstermektir. Farklılıkların barış içinde bir arada bulunabileceği bu ortam, çoğulcu, özgürlükçü, eşitlikçi bir düzenin kurulmasına ve yaşamasına olanak sağlar. Demokrasi, mutlak doğru anlayışını reddeden böyle bir felsefi yaklaşım üzerine temellendirilebilir.

Bu noktada, farklılıkların tanınması ve korunması esasına dayanan çoğulcu, özgürlükçü bir siyasal sistemde, farklı etnik, dinsel, kültürel ya da ideolojik grupların kendi içlerinde kapalı bir yapıya sahip olmamasına özel bir vurgu yapılmalıdır. Demokratik anlayış, hem farklılıklara saygı gösterilmesini, hem de farklı grupların sürekli birbirleriyle iletişim içinde bulunmasını gerektirir. Bu gereklidir, çünkü hiç kimse ve hiçbir grup başka görüşlere gereksinim duymayacak ölçüde doğruyu bilmemektedir. İzlenecek kamusal politikalar, kişiler, gruplar, ideolojiler arası tartışmalarla belirlenmelidir. Günümüz demokrasilerinin azınlık haklarına, yabancı işçilere ve göçmenlere yönelik politikasının bu doğrultuda gözden geçirilmesi gerekir. Amaç, her grubun özerk eğitim, kültür ve iletişim kurumlarına sahip olarak dışa kapalı gettolarda yaşaması değil; ülkenin ortak politikasını belirlemek üzere tüm grupların kamusal alanda iletişim içinde olmasıdır.

Bazı yazarlar, siyasal doğruların varlığı kabul edilse bile, bunun bir toplumun nasıl yönetileceğine ilişkin soruya bir yanıt oluşturmayacağı görüşündedir. Bu görüşü savunanlara göre, siyasal doğruların varlığının kabul edilmesi mutlaka otokratik yönetime zemin hazırlar demek doğru değildir. Siyasal doğru ile demokrasi bir arada bulunabilir. Üstelik çağımızdaki en popüler siyasal doğru, bir toplumun demokratik biçimde yöne-

tilmesi gerektiği görüşüdür. Mutlak siyasal doğru düşüncesi ile yönetim biçimleri arasında mantıklı bir ilişki yoktur.⁵²

Mutlak siyasal doğru kavramı ile demokrasinin kesin bir karşıtlık içinde olduğu söylenemezse de, siyasete ilişkin mutlak bilginin kabul edilmesi durumunda, bu bilgiye yalnızca toplumun belirli bir kesiminin ulaşabileceği düşüncesine karşı çıkmak kolay değildir. Çünkü söz konusu mutlak bilginin, genellikle Tanrı, devlet, doğa, bilim, insan doğası gibi uzmanlık gerektiren alanlardan edinilebileceği kabul edilir. Böyle olunca, bu alanlardaki uzmanlar, sahip oldukları bilginin kendi yönetimlerini meşrulaştırdığını güçlü bir biçimde ileri sürebilir.

Otokratik bir yönetime kapıyı aralamayacak biçimde siyasal doğruların varlığını savunmanın bir yolu, bu doğrulara, ilke olarak, toplumun her üyesinin ulaşabileceğinin kabul edilmesidir. Bu da ancak, diğer yönlerden olduğu kadar eğitim ve bilgi düzeyi bakımından da yüksek ölçüde türdeş bir toplumda söz konusu olabilir. *J. J. Rousseau, Toplum Sözleşmesi*'nde, bu türden küçük ölçekli, eşitlikçi ve türdeş toplum modeli öngörmüştür. Orada, siyasal doğrular, toplumun her üyesinin doğrudan katıldığı karar alma süreçleriyle belirleniyordu. Ancak *Toplum Sözleşmesi* küçük ölçekli bir tarım toplumu için tasarlanmıştı, o toplum için geçerli olan siyasal doğruların büyük ölçekli sanayi ve sanayi ötesi toplumları için geçerli olması düşünülemez bile. Siyasal doğruların toplumsal gelişmeye paralel biçimde farklılaşması ve her çağın kendi siyasal doğrusunu öne çıkarması kaçınılmaz bir durumdur. Çağımızın insanı için siyaset de, mutlak doğruyu bulmak için değil, daha çok kendi çıkarlarını korumak için yapılan bir faaliyetir.

Rousseau'nun öngördüğü toplum modelini modern dünyada yaratmak son derece güç olduğu gibi, siyasete ilişkin mutlak bilginin varlığının kabulü, önemli bir sorunu çözümsüz bırakmaktadır: Demokratik karar alma sürecinde azınlıkta kalan kesimin hakları nasıl korunacaktır? Eğer mutlak siyasal doğrular varsa ve çoğunluğun görüşü bu doğruları yansıtıyorsa, azınlığın görüşüne saygı duyulması ve bu görüşlerin ifade edilmesinin güvence altına alınması politikası nasıl temellendirilecektir? Karar alma sürecinde mutlak doğrudan yana tavır almayanlar, cahil ya da art niyetli

⁵² Bu konudaki tartışmalar için bkz: David Copp, 1995. "Could Political Truth Be a Hazard for Democracy?". *The Idea of Democracy* (Edited by D. Copp, J. Hampton, J. E. Roemer. Cambridge University Press) s. 101-117.

olmakla itham edilmekten kurtulabilecek midir? Görüş farklılığı, çeşitlilik, çoğulculuk olumsuzlanmayacak mıdır? Karar alma süreci oybirliğine dayanmadığı sürece, mutlak siyasal doğrulara dayandığını ileri süren bir rejimde, bu tür sorunlara eşitlik, özgürlük, adalet gibi demokrasiye içkin değerlere aykırı düşmeyen bir çözüm bulmak mümkün değildir.

Demokrasi sağ, sol, liberal, muhafazakâr gibi, siyasal yelpazedeki herhangi bir ideolojik pozisyonu ifade etmez. Demokratik anlayış siyasal görüşlerin içeriği kadar, bu görüşlerin savunuluş biçimiyle de ilgili bir belirlemedir. Buna göre, siyasal görüşlerini herkesin kabul etmesi gereken nitelikte *mutlak doğru* olarak tanımlamayıp, alternatifler arasında en iyi olarak gören, koşullara bağlı olarak farklı düşüncelerin katkısıyla görüşlerinin değişebileceğini kabul eden kişi, demokratik anlayışa uygun bir yaklaşım içindedir diyebiliriz.

Felsefe tarihinde, demokratik anlayışa tümüyle zıt görüşlerin genellikle *akılcı* ve *sezgici* filozoflar arasından çıktığını görüyoruz. Deneyci filozofların görüşleri ise liberal demokratik değerlere daha yakın olmuştur. Deneyci bilgi felsefesini sistemli olarak ilk gerçekleştiren filozofun, aynı zamanda doğal haklar anlayışını, temsili demokratik kurumları ve eşitlik ilkesini savunan *John Locke* olması tesadüf değildir. Deneyci bilgi felsefesi, bilimsel yönüme tanıdığı ağırlık nedeniyle, iki aşırı uç olan mutlak gerçeğe ulaşılabilmesi ve gerçeğin kısmen de olsa bilinemeyeceği yönündeki dogmatik ve bilinemezci görüşlerden ayrılır.⁵³

Bu noktada, bilim aracılığıyla *mutlak doğruya* ulaşılacağını savunan görüşlerin de *bilimsel bilgiyi* yanlış nitelendirdiklerini belirtmek gerekir. Bilimsel bilgi *mutlak doğru* demek değildir. Bilimsel yöntem; doğadaki bir nesnenin ya da olayın uzun süre gözlenmesi, gözlenen nesne ya da olayın saptanabilen özelliklerinden hareketle geçici bir varsayım oluşturulması, bu varsayımı doğrulamak üzere tekrar gözlenen nesne ya da olaya dönülerek çeşitli deneylerle onun sınanması, doğrulandığı takdirde söz konusu

⁵³ Bertrand Russell'a göre, "demokrasinin teorik temellendirmesini yapan ve zihniyet bakımından demokrasiye uyan tek felsefe deneyciliktir. Modern dünyada deneyci felsefenin kurucusu sayılabilecek olan Locke, özgürlük ve hoşgörü üstüne görüşleri ve mutlakıyetçi krallığa karşı koyuşuyla deneyciliğin ne kadar yakından ilgili olduğunu apaçık belirtmiştir. Locke bildiklerimizden çoğunun belirsizliği üstünde ısrar etmekten bıkmaz ve bunu Hume'unki gibi kuşkucu bir niyetle değil, insanları yanlış olabileceklerinin bilincine getirmek ve kendilerinden farklı görüşleri olan başkalarıyla her türlü ilişkilerinde bu olanağı hesaba katmalarını sağlamak için yapar." Russell 1969, s. 284. YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

varsayımın mümkün olduğu ölçüde bir yasa şeklinde ifade edilmesi aşamalarını içerir. Bu yöntemle ulaşılan bilimsel bilgi, hiçbir şekilde mutlak değildir. En doğru kabul edilen bilimsel bilgi bile, bir gün daha doğru bir görüş tarafından düzeltilebilir ya da tümüyle yanlışlanabilir. Bu özellik bilimsel yöntemin doğasından kaynaklanır; gözlem, deney, akıl yürütme gibi zihinsel ve teknik işlemleri içeren bilimsel yöntemle üretilen bilgi, aynı yöntemle reddedilebilir. Daha doğru bir gözlem, daha gelişmiş teknik aygıtlarla yapılan deneyler ya da daha ince bir akıl yürütme, eski bilgilerin yanlışlarını ve eksiklerini ortaya koyabilir. Bilimsel bilgi, bilimsel yöntemle yanlışlanabilen bilgi olarak tanımlanabilir.⁵⁴

Bilim tarihi, bilimsel bilginin bu niteliğini açık bir biçimde ortaya koyar. Magee'nin belirttiği gibi:

“Newton fiziği, ileri sürülüp benimsenen gelmiş geçmiş en başarılı ve önemli bilim kuramıydı. Gözlemlenebilen dünyada her şey onu doğruluyor gibiydi; iki yüzyıldan uzun bir süre boyunca Newton fiziğinin yasaları yalnızca gözlemlerle değil, yaratıcı kullanımla da doğrulanmıştı... Bilgi diye bir şey varsa, buydu; insanın kendi maddi çevresi hakkında eriştiği gelmiş geçmiş en güvenilir ve kesin bilgi. Herhangi bir yasa, tümevarım yoluyla Doğa Yasası diye doğrulanmış idiyse, bunları milyarlarca gözlem ve deney doğrulamıştır. Artarda kuşaklar boyunca Batı insanına, bunlar kesin, değişmez olgular diye öğretilmişti. Yine de bütün bunlardan sonra, yüzyılımızın başında Einstein Newton'unkinden değişik bir kuram ileri sürmüştür... Newton'un kuramına uyan bütün gözlemsel tanıtılar Einstein'inkine de uymaktaydı... Dünya bütün o sayısız tanıtıların Newton'un kuramını kanıtladığına inanmakla düpedüz yanılmıştı. Ama bütün bir yararlık dönemi, eşi görülmedik bir maddi başarıyla ona dayanmıştı. Böylesine çok sayıda doğrulama ve tümevarımsal destek bir kuramın doğruluğunu kanıtlayamadıysa başka ne kanıtlayabilirdi ki?... Bir kuram hakkında en çok şunu söyleyebiliriz; şimdiye değin bütün gözlemlerce desteklenmiştir ve bilinen herhangi bir almaşığından daha çok sayıda ve daha kesin öndeyselere olanak vermektedir. Yine de her zaman daha iyi bir kurama yerini bırakabilir.”⁵⁵

⁵⁴ Bilimsel bilginin niteliği hakkında bkz; Ahmet Arslan, 2002. *Felsefeye Giriş*. Vadi Yayınları, Ankara, s. 57-81; Moles 2001, s. 23-36. Barrow 2002, s. 43-82.

⁵⁵ Magee 1982, s. 26.

KAYNAKÇA

- Arslan, Ahmet. 2002. *Felsefeye Giriş*. Vadi Yayınları, Ankara.
- Aster, Ernst von. 1994. *Bilgi Teorisi ve Mantık*. Çev. M. Gökberk. Sosyal Yayınları, İstanbul.
- Barrow, John D. 2002. *Olanaksızlık: Bilimin Sınırları Sınırların Bilimi*. Çev. N. Arık. Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Berkeley. 1996. *Hylas ile Philonous Arasında Üç Konuşma*. Çev. K. S. Sel. Sosyal Yayınları, İstanbul.
- Billington, Ray. 1997. *Felsefeyi Yaşamak*. Çev. A. Yılmaz. Ayrıntı, İstanbul.
- Copp, David. 1995. "Could Political Truth Be a Hazard for Democracy?". *The Idea of Democracy* (Edited by D. Copp, J. Hampton, J. E. Roemer. Cambridge University Press) s.101-117.
- Cornforth, Maurice. 1997. *Bilgi Teorisi*. Çev. H. Selman. Yorum Yayınevi, İstanbul.
- Descartes, René. 2002. *Felsefenin İlkeleri*. Çev. M. Akın. Say, İstanbul.
- Engels, Friedrich. 1999. *Ludwig Feuerbach ve Klasik Alman Felsefesinin Sonu*. Çev. İ. Yarkın. Sol Yayınları, Ankara.
- Engels, Friedrich. 1991. *Doğanın Diyalektiği*. Çev. A. Gelen. Sol Yayınları, Ankara.
- Engels, Friedrich. 1978. *Ütopik Sosyalizm ve Bilimsel Sosyalizm*. Çev. Ö. Ünal. Sol Yayınları, Ankara.
- Engels, Friedrich. 1995. *Anti-Dühring*. Çev. K. Somer. Sol Yayınları, Ankara.
- Estlund, David. 1995. "Making Truth Safe for Democracy". *The Idea of Democracy* (Edited by D. Copp, J. Hampton, J. E. Roemer. Cambridge University Press) s.71-100.
- Feyerabend, Paul. 1995. *Akla Veda*. Çev. E. Başer. Ayrıntı, İstanbul.
- Gökberk, Macit. 1985. *Felsefe Tarihi*. Remzi, İstanbul.
- Hacıkadiroğlu, Vehbi. 2007a. "Metafizik Üzerine", *Felsefe Tartışmaları*, Sayı 38, s.69-84
- Hacıkadiroğlu, Vehbi. 2007b. "Bilgi Üzerine", *Felsefe Tartışmaları*, Sayı 38, s.95-116
- Hilav, Selahattin 1970. *Felsefe El Kitabı*. Gerçek, İstanbul.

Lenin, V. İ. 1993. *Materyalizm ve Ampiryo Kritisizm*. Çev. S. Belli. Sol Yayınları, Ankara.

Magee, Bryan. 1982. *Karl Popper'in Bilim Felsefesi ve Siyaset Kuramı*. Çev. M. Tuncay. Remzi, İstanbul.

Mahçupyan, Etyen. 1997. *İdeolojiler ve Modernite*. Yol Yayınları, İstanbul.

Marks, Karl, Engels, Friedrich. 1999. *Felsefe Metinleri*. Çev. K. Sommer, A. Kardam, S. Belli vd. Sol Yayınları, Ankara.

Marks, Karl, Engels, Friedrich. 1993. *Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri*. Çev. M. Erdost. Sol Yayınları, Ankara.

Moles, Abraham. 2001. *Belirsizinin Bilimleri*. Çev. N. Bilgin. YKY, İstanbul.

Parkinson, C. Northcote. 1984. *Siyasal Düşüncenin Evrimi*. Çev. M. Harmancı. Remzi, İstanbul.

Platon. 1980. *Devlet*. Çev. S. Eyüboğlu, M.A. Cimcoz. Remzi, İstanbul.

Plehanov, G. V. (tarih yok). *Marksist Düşüncenin Temel Meseleleri*. Çev. S. Hilav, E. Buri, N. Burhan, S. Mimoğlu. Sosyal Yayınları, İstanbul.

Reichenbach, Hans. 1981. *Bilimsel Felsefenin Doğuşu*. Çev. C. Yıldırım. Remzi, İstanbul.

Russell, Bertrand. 1969. "Felsefe ve Siyaset" Çev. M. Tunçay. *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi-3*. (Der. M. Tuncay. AÜSBF, Ankara) s.273-390.

Russell, Bertrand. 1983. *Batı Felsefesi Tarihi*. Çev. M. Sencer. Say, İstanbul.

Sabine, George. 1997. *Yakınçağ Siyasal Düşünceler Tarihi*. Çev. Ö. Ozankaya. Cem, İstanbul.

Stalin, J. V. 1995. *Diyalektik ve Tarihi Materyalizm*. Çev. İ. Yarkin. İnter Yayınları, İstanbul.

Uygun, Oktay. 2014. *Demokrasi: Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, XII Levha Yayınları, İstanbul.

Yenişehirlioğlu, Şahin. 1996. *Felsefe ve Diyalektik*. Ümit Yayıncılık, Ankara.

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN KIYMETLİ EVRAKA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİ

(NEGOTIABLE INSTRUMENTS UNDER THE TURKISH LAW ON THE PROTECTION
OF CONSUMERS)

Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR*

ÖZET

Tüketiciler tarafı oldukları işlemleri karşılarında bulunan satıcı ya da hizmet sağlayıcılara göre genelde daha zayıf bir konumda bulunmaktadır. Tüketiciler arasındaki büyük bir kesim, teknik bir hukuk dalı olan kıymetli evrak hukukunun özelliklerini bilmemekte ve ancak, konuya ilişkin bir uyuşmazlığın tarafı olduklarında kıymetli evrak hukuku kurallarının önemini kavramaktadırlar. Çalışmamızda tüketicinin kıymetli evrak ile borç altına girmesi ve sonuçları 4077 sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri karşılaştırılarak incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, tüketicinin korunması kıymetli evrak, def'i, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.

ABSTRACT

Compared to sellers, and suppliers, consumers, are in a weaker position in consumer transactions. Since it is a technical field of law, most of the consumers do not know the fundamental issues on negotiable instruments, and unless they become a party to a dispute on negotiable instruments they fail to grasp the importance of the rules under the Law on Negotiable Instruments. In this article, by comparing the articles of the previous Law on the Protection of Consumers, Law No.: 4407, with the cur-

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: mbahtiyar@hotmail.com

rent Law on the Protection of the Consumers, Law No.: 6502, we aim to study consumers who borrow debt money through negotiable instruments and its consequences.

Keywords: *Consumer, protection of consumer, negotiable instruments, plea, Turkish Code of Consumer Protection Law.*

GİRİŞ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 4077 Sayılı eski Kanun'a oranla, tüketicilerin imzalayacağı kambiyo senetleri senetleri açısından daha kapsamlı bir düzenleme getirmiştir.

Bu tebliğde, öncelikle, tüketicilerin kambiyo senedi ile borçlanmasıyla ilgili sakıncalar ortaya konulacak, daha sonra, eski ve yeni düzenlemeler arasındaki farklar, doktrin görüşleri ve uygulama ışığında açıklanmaya çalışılarak, yeni düzenlemenin, kıymetli evrak türleri ve defî çeşitleri yönünden etkileri ve sonuçları değerlendirilecektir.

I. TÜKETİCİNİN KAMBYO SENEDİ İLE BORÇ ALTINA GİRMESİNİN SAKINCALARI

Tüketiciler tarafı oldukları hukuki işlemlerde, karşılarında bulunan satıcı veya sağlayıcılara göre genelde daha zayıf bir konumda bulunmaktadır. Çünkü, tüketicilerin çok büyük bir bölümü, hem tüketici mevzuatından kaynaklanan haklarını, hem teknik bir hukuk dalı olan kıymetli evrak hukukunun özelliklerini bilmemekte, ancak konuyla ilgili bir uyumsuzluk çıkması durumunda hukuk kurallarının hüküm ve sonuçlarını, bizzat yaşayarak görebilmektedirler.

Bir tüketicinin borcuna karşılık satıcıya/sağlayıcıya bir adi senet düzenleyip vermesi ile bir kıymetli evrak vermesi arasında sonuçları bakımından büyük farklar bulunmaktadır¹.

Uygulamada, tüketicilerin birçoğunun, hüküm ve sonuçları konusunda en küçük bir bilgidен dahi yoksun biçimde, kıymetli evrak ile borçlandığı görülmekte, yaygın biçimde de tüketicilere bono imzalatılmaktadır.

¹ Adi senet ile kıymetli evrak arasındaki başlıca farklılıklar için bkz. **Bahtiyar, Mehmet:** Kıymetli Evrak Hukuku, Ders Notları-Soru Örnekleri, İstanbul 2014, s. 11-13.

Buna bağılı olarak tüketici, kıymetli evrak hukukunda geçerli olan defî sistemine bağılı olmaktadır.

Bono kanunen emre yazılı bir kıymetli evrak olduğından, menfi emre kaydı koyulmadığı sürece bu senet, kural olarak, ciro ve zilyetliğin nakli yolu ile devredilir (TTK. 647 vd., 681 vd.). Senedin mülkiyeti yanında senetteki alacak hakkının da devrini sağlayan hukuki kurum olarak ciro, emre yazılı kıymetli evrakın bir başkasına devrine imkan veren soyut bir işlemdir. İşlemin içeriğinde, hukuksal açıdan çifte yetkilendirme yer alır. Çünkü ciro ile, bononun hamili senet bedelini senet borçlusundan geçerli olarak tahsil etme yetkisini kazanmakta; senet borçlusu ise, senetteki borcunu ciro edilene geçerli olarak ödemeye yetkili kılınmaktadır².

Ciro ile yalnızca senetten doğan haklar devredildiğı için, senedi düzenleyen sıfatı ile imzalayan tüketici temel ilişkidenden kaynaklanan savunmalarını, senedi ciro ile devralan üçüncü kişiye karşı, kural olarak öne süremeyecektir.

Bononun hamiline düzenlenmesi mümkün bulunmamakla (TTK. 776/1/e, 777) birlikte, senedin kanunen emre olmaktan çıkarılması ve nama yazılı senede çevrilmesine kanun olanak tanımıştır (TTK. 681/2, 778/1,a). Bu amaçla senede konulan ibareye, “menfi emre kaydı” denilmektedir. Şu halde, tüketicinin bonoyu imzalamasından önce veya imzaladığı sırada, senet üzerine “namadır”, “emre değildir” gibi, menfi emre kaydı niteliğinde bir ibare konularak senet nama yazılı hale getirilebilir. Tüketicinin düzenleyen sıfatı ile senet üzerine ciro edilemez kaydı koymasıda da TTK m. 681/2 hükmü gereğince bononun yine nama yazılı senet sayılması gerektiğı, genellikle kabul edilmektedir³.

Nama yazılı bir olması durumunda senet, yazılı devir beyanı ve zilyetliğin nakli yoluyla devredileceğı, yazılı devir beyanına da Türk Borçlar Kanunu’nun alacağın temlikine ilişkin hükümleri kıyasen uygulanacağı için, kişisel defilerin üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün olacaktır (TBK. 188).

Görüldüğü üzere, bononun emre yazılı kalması ile nama yazılı senede çevrilmesi arasında, hem devir şekli, hem devre bağılı sonuçlar bakı-

² Bahtiyar, s. 69. Ayrıca bkz. Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu’na, Yeni Çek Kanunu’na ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu’na Göre, İstanbul 2014, s. 153.

³ Öztan, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997, s. 608; Bahtiyar, s. 76. YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

mından önemli farklar ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, emre yazılı bir bono ile borçlanan tüketici, satıcı/sağlayıcı ile aralarındaki temel borç ilişkisinden kaynaklanan, örneğin satın aldığı maldaki ayıba ilişkin defisini kural olarak üçüncü kişiye karşı ileri süremeyecektir. Yani tüketicinin imzaladığı ve satıcıya verdiği bono, satıcı tarafından bir üçüncü kişiye ciro yolu ile devredilmişse, tüketici temel ilişkiden kaynaklanan ayıba ilişkin defisini, üçüncü kişiye karşı kural olarak ileri süremeyecek ve ona ödeme yapmak zorunda kalabilecektir⁴.

II. 4077 SAYILI TKHK'NIN KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMESİ VE HÜKÜMDE ÖNGÖRÜLEN GEÇERSİZLİK YAPTIRIMI

Tüketicinin korunması ihtiyacı nedeniyle 4077 sayılı (eski) TKHK'da konuya ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. Eski TKHK'nın 1995 yılında kabul edilen ilk halinde tüketicinin kıymetli evrakla borç altına girmesini engelleyen herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş idi. Bu nedenle öğretilde, tüketicinin kıymetli evrakla borç altına girmesinin önlenmesine veya bu açıdan korunması gerekliliğine ilişkin tartışmalar yapılmış ve görüşler ileri sürülmüştür.

O dönemde konuya, tüketici kredileri açısından yaklaşan ARKAN, 4077 Sayılı Kanunda tüketici kredisi dolayısıyla tüketiciden kambiyo senedi alınması konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamasını bir eksiklik olarak değerlendirmiş ve senedi düzenleyen tüketicinin senedin el değiştirmesi halinde, kredi verene karşı öne sürebileceği defileri üçüncü kişilere karşı ileri sürmekten yoksun kalabileceğine, haklı olarak dikkat çekmiştir⁵.

Aynı dönemde BATTAL da, sorunun kanuna konulacak pozitif bir düzenleme ile çözülebileceğini belirtmiş ve konuya ilişkin çeşitli çözüm önerileri getirmiştir. Yazar, bono borçlusu olan kişinin tüketici olduğunu ispat edebilmesi halinde, bononun kendiliğinden adi senede ya da nama yazılı senede dönüşmüş sayılabileceğini, böylece tüketicinin satıcı ile arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan defilerini üçüncü kişilere karşı da öne sürebileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte yazar, söz konusu çözüm önerisinin ispat açısından yaşanabilecek zorluklardan ve tüm tüketicilerin

⁴ Konuya ilişkin genel bilgi için bkz. **Battal, Ahmet:** Kıymetli Evrakla Borç Altına Giren Tüketicinin Korunması, BATİDER., C. XIX, S. 3, Y. 1998, s. 95.

⁵ **Arkan, Sabih:** Tüketici Kredileri, BATİDER., C. XVIII, S. 1-2, Y. 1995, s. 42.

aynı korumadan yararlandırılmasının sakıncalara yol açabileceğinden hareketle, ancak belli bir meblağın altında borç içeren bonoların kanunen nama yazılı bono sayılmasının daha uygun olabileceğini de belirtmiştir⁶.

Bu tartışmalara kayıtsız kalmayan kanun koyucu, 4822 sayılı Kanun ile 4077 sayılı Kanun'da değişiklik yapmış ve sorunu, taksitli satımlara ilişkin ve sınırlı da olsa, yasal zeminde çözmeye çalışmıştır. Yapılan düzenleme kapsamında, 4822 sayılı yasa ile değişik 4077 sayılı eski Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 6/A maddesinin 3. fıkrasına göre; *“Sözleşmeden ayrı olarak kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlenecekse, bu senet, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenlenir. Aksi takdirde, kambiyo senedi geçersizdir”*.

Hükmün uygulanabilmesi için satımın taksitli olması, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı senet düzenlenmesi ve senedin nama yazılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir⁷. Bu şartlara aykırı olarak düzenlenen kambiyo senedi geçersiz sayılmış ise de, eTKHK döneminde bu geçersizliğin ne anlama geleceği ve kıymetli evrakın defiler sisteminde nereye oturtulacağı, öğretide ve yargı kararlarında tartışma konusu olmuş; sorun ne yazık ki tam olarak çözüme kavuşturulamamıştı⁸. Çünkü korunmaya çalışılan ve karşı tarafa göre nispeten daha zayıf konumda bulunan tüketicinin menfaati ile senedi kıymetli evrak hukukunun genel ilkelerine göre devralmış iyiniyeti üçüncü kişinin menfaati tam anlamı ile çatışmaktadır. Emre yazılı senedi ciro yolu ile devralan bir kişi açısından, kural olarak senedin içeriği ve senette yazılı olan hakkın varlığına ilişkin haklı bir güven ve bu güvenin korunması gereksinimi söz konusudur⁹.

⁶ **Battal**, s. 103-105.

⁷ Konuya ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. **Eroğlu Uzunallı, Sevilay**: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri, DEÜHFD, C. 6, S. 1, 2004, s. 124-128.

⁸ Konuya ilişkin HGK. kararının (E. 2014/12-403, K. 2014/682) ayrıntılı olarak değerlendirilmesi için bkz. **Şafak, Ali**: Tüketici İşlemi Sonrasında Düzenlenen Emre Yazılı Senedi Ciro Yolu İle Devralan Haklı Hamile Karşı Senedin Geçersizliği İddiasının İleri Sürülüp Sürülemediği, İBD., C. 89, S. 2, Y. 2015, s. 186 vd.

⁹ **Eroğlu Uzunallı**, s. 134.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

III. ESKİ KANUN'DA ÖNGÖRÜLEN GEÇERSİZLİK YAPTIRI- MINA İLİŞKİN ÖĞRETİ GÖRÜŞLERİ

ZEVKLİLER/AYDOĞDU, geçersizliğe ilişkin definin senet metninden anlaşılan bir defî olmasa bile, kanundan kaynaklanan bir defî olduğunu, etkisi bakımından da mutlak nitelik taşıyıp, bu geçersizliğin tüketici tarafından herkese karşı ileri sürülebileceğini savunmuştur¹⁰. Yazarlar, taksitli satışlarda düzenlenecek kambiyo senedinin nama yazılı olması zorunluluğunun diğer taraftan tüketicinin durumunu ödeme yaparken zorlaştırdığını, zira nama yazılı senetlerde borçlunun ödeme yaparken hamilin gerçekten yetkili ve meşru hamil olup olmadığını araştırmak zorunda olduğunu ifade etmişlerdir¹¹. Uygulamada tüketicinin bu yükümlülükten kurtulabilmesi için eksik nama yazılı senetler düzenlendiği ifade edilmiştir¹².

Eksik nama yazılı senette borçlu, nama yazılı senet içerisinde senet bedelini her hamile ödeme hakkını saklı tutarak, alacaklı sıfatının ispatını aramaksızın iyiniyetle yaptığı ödeme oranında borcundan kurtulur (eTK m. 568, TTK m. 656)¹³. Ancak borçlu dilerse ödeme talebinde bulunan kişiden gerçekten hak sahibi olduğunu ispat etmesini isteyebilir. Bu durumda hamil hak sahibi olduğunu ispat etmeye mecburdur. Buna göre, borçlu senedi ibraz eden kişiye iyiniyetle yapmış olduğu ödeme ile borcundan kurtulma olanağına sahip olmakla birlikte, dilerse hamilin gerçek hak sahibi olduğunun ispatından sonra da ödeme yapılabilir¹⁴.

EROĞLU UZUNALLI ise, burada öngörülen geçersizliğin ehliyet-sizlik gibi herkese karşı ileri sürülebilen mutlak nitelikte bir defî olmadığını, aksi sonucun Cenevre Anlaşması'na da aykırı olacağını, Türkiye'nin bu anlaşmaya taraf olmamasına rağmen kanun koyucunun uluslararası yeknesak hukukla uyumlu kambiyo senedi kurallarının niteliğine önem verdiğini

¹⁰ Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004, s. 180.

¹¹ Zevkliler/Aydoğdu, s. 180.

¹² Zevkliler/Aydoğdu, s. 180; Kara, İlhan: Tüketici Hukuku, Ankara 2012, s. 445.

¹³ Çeklerde eksik nama yazılı senet düzenlenmesi mümkün değildir (TTK m. 785/2). Zira, çek üzerine konulacak hamiline kaydı, çeki eksik nama yazılı çek haline getirmemekte, yani borçluya senedin her hamiline ödeme yaparak borcundan kurtulabildiği bir ifa kolaylığı sağlamamakta, çeki doğrudan hamiline yazılı çek haline getirmektedir (TTK. 785/2). Bkz. Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Çek Kanunu Yorumu İle, İstanbul 2013, N. 76.

¹⁴ Poroy/Tekinalp, N. 75.

ve yeknesak hukuk kurallarından ayrılmamak gerektiğini ifade etmiştir¹⁵. Yazar hükümde öngörülen yasağa aykırı olarak verilen emre yazılı senedi elinde bulunduran üçüncü kişinin, senedi düzgün bir ciro zinciri ile ve iyi-niyetle elinde bulundurması halinde korunması gerektiğini, hükümlerin ihlali halinde özel hukuka ilişkin yaptırımlar yanında, idare ve ceza hukuku yaptırımlarından da yararlanılabileceğini, bu yaptırımların önleyici bir işleve sahip olacağını, böylece kıymetli evrakın geçersizliği yerine, kıymetli evrak hukukundaki temel ilkelere zarar verilmeden tüketici ile sözleşme yapan satıcıların, TKHK' nin kıymetli evraka ilişkin kurallarını ihlal etmeleri halinde caydırıcı cezalara maruz kalmasının daha makul bir çözüm olacağını savunmuştur¹⁶.

ASLAN, söz konusu düzenlemenin, hem kambiyo hukukuna hem de ticari hayatın gereklerine aykırı olduğunu, kıymetli evrak hukukuna göre böyle bir geçersizliğin üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi gerektiğini, diğer yandan bu sonucun kabul edilmesinin de tüketicinin haklarının yeterince korunamaması sonucunu doğuracağını, fakat kanunun tüketicinin menfaatlerini tercih ettiği varsayılarak, geçersizliğin üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebileceğini belirtmiştir¹⁷. Yazar kıymetli evrak hukukuna aykırı düşmeyecek çözüm yolunun ise, bu hükme aykırı olarak, nama yazılı senet dışında başka bir senet alınması halinde tüketicinin zararlarının tazmin edilmesi zorunluluğu yanında, ciddi para cezaları ile bu davranışın caydırılmaya çalışılması olduğunu ifade etmiştir¹⁸.

KARA, kambiyo hukukunda geçerli olan imzaların istiklali prensibi karşısında, tüketicinin düzenlediği bir senedin nama yazılı olmaması halinde uygulanacak geçersizlik yaptırımının yalnızca tüketici yönünden sözkonusu edilmesi gerektiğini savunmuştur¹⁹.

ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA ise, eTKHK'nın 6/A hükmüne aykırı davranılmasının kıymetli evrak hukuku açısından kambiyo senedinin geçerliliği üzerinde hiçbir etkisinin bulunmadığını, buna göre tüm satış bedeli için kambiyo senedi düzenlenmiş olması ve/veya senedin nama yazılı olmaması halinde de kambiyo senedinin geçerli olacağını,

¹⁵ Eroğlu Uzunallı, s. 133-134.

¹⁶ Eroğlu Uzunallı, s.133-135.

¹⁷ Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2010, s. 194.

¹⁸ Aslan, s. 194.

¹⁹ Kara, s. 445.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

hükme aykırılığın yalnızca temel ilişkinin tarafları arasında kişisel bir defî oluşturup, bu defîlerle ilgili düzenlemeye tabi olacağını belirtmişlerdir²⁰.

IV. 6502 SAYILI TKHK'NIN, TÜKETİCİNİN KAMBIYO SENEDİ İLE BORÇLANMASI KONUSUNDA GETİRDİĞİ DÜZENLEME

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, kanımızca yerinde olarak tüketicilerin kıymetli evrak düzenleyerek borç altına girmeleri konusunu, eski düzenlemeden farklı olarak “Genel Esaslar” ve “Temel İlkelere” üst başlıkları altında 4. maddenin beşinci fıkrasında düzenlemiştir. Hükme göre; “*Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir*”.

Eski kanunda taksitli satımlar ile sınırlı bir düzenleme yapılmış iken, yeni Kanun'un aktardığımız hükmü, gerek lafzı, gerek sistematığı itibarıyla, tüketicinin tarafı olduğu işlemlerin tamamını düzenleme kapsamına almaktadır. Hükümün kapsamındaki bu değişikliğin olumlu ve kanunun genel anlayışına uygunluk arzettiği kanısındayız.

Taksitli tüketici işlemlerinde tüketiciye, her bir taksit için ayrı birer senet yerine, toplam borç için tek bir senet imzalatılması durumunda da, bu senedin TKHK m. 4/5'e göre nama yazılı olması gerekir²¹.

Hükümde göze çarpan en büyük değişiklik tüketici işlemleri karşılığında düzenlenecek senetlerin nama yazılı olması ve her bir taksit için ayrı ayrı düzenlenmesine ilişkin yükümlülüğün yaptırımını noktasındadır. Söz konusu yükümlülüğe aykırı olarak düzenlenen senetler yalnızca tüketicinin taahhüdünü geçersiz kılacaktır. Böylece örneğin somut olayda menfi emre kaydı içermeyen bir bononun tüketici tarafından imzalanması durumunda, yalnızca tüketicinin imzası kendisini bağlamayacak, senet üzerinde bulunan diğer imza sahiplerinin sorumlulukları, imzaların istiklali ilkesi uyarınca bu durumdan etkilenmeyecektir.

²⁰ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, s. 130. Her ne kadar madde metninde tek senet verilmesine ilişkin bir açıklık yer almamaktaysa da, kanımızca tek senet verilmesi durumunda da eTKHK m. 6/A hükmünün kıyasen uygulanması ve bu senedin dahi nama yazılı olarak düzenlenmesi zorunluluğunun kabulü gerekirdi.

²¹ Ayrıca bkz. Gümüş, Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1, İstanbul, s. 43; Aydoğdu, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 204.

Bu düzenleme eski Kanun dönemindeki farklı görüş ve çelişkili uygulamalara son vereceği için kanımızca yerinde olmuştur. Zira bu geçersizlik yalnızca tüketicinin şahsında doğduğu için onun tarafından ileri sürülebilecek, diğer imza sahipleri bu hükmün sağlayacağı korumadan yararlanamayacaktır.

Tüketicinin TKHK. m. 5/4 hükmüne dayanarak öne sürebileceği, “senedin kendisi için geçerli olmadığı” yönündeki savunmanın, kıymetli evrakta defî²² türleri arasındaki yerinin belirlenmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere kıymetli evrakta defiler, iki ayrı ölçüte göre sınıflandırılmaktadır : Etkisi ve tarafları ölçüt alındığında mutlak defî/nisbi defiler şeklinde ikili bir ayırım, definin özellikleri ölçüt alındığında ise, senet metninden anlaşılan defiler/senetteki bir taahhüdün geçersizliğine ilişkin defiler/ kişisel (şahsi) defiler biçiminde üçlü bir ayırım karşımıza çıkmaktadır. Senet metninden anlaşılan defiler, ilk ölçüte göre mutlak defiler grubuna girerken, kişisel defiler, ilk ölçüte göre nisbi defî oluşturmaktadır. Senetteki bir taahhüdün geçersizliğine ilişkin defilerin ilk ölçüte göre kural olarak nisbi, istisnai bazı hallerde ise mutlak bir nitelik taşıdığı görülmektedir²³.

Tüketicinin TKHK. m. 5/4 hükmüne dayalı savunması, ikinci ölçüt uyarınca yapılan üçlü ayırmada, sadece tüketicinin yararlanabileceği bir savunma olduğu içindir ki; ikinci gruba girmekte, yani senetteki bir taahhüdün geçersizliğine ilişkin defî oluşturmaktadır.

²² TTK, eTK'da olduğu gibi itiraz ve defiler arasındaki farklılıklara rağmen, kıymetli evrak hukukunda defî kavramını, itirazlar ve teknik anlamdaki defiler de dahil olmak üzere, borçlunun tüm savunmalarını kapsar şekilde düzenlemiştir. Konuya ilişkin genel olarak bkz. **İmregün, Oğuz:** Kıymetli Evrakta Defiler, İkt. Mal., C. VII, S. 12, s. 655-663. Ayrıca bkz. **Domanıç, Hayri:** Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-IV, İstanbul 1990, s. 150; **Öztan,** s. 215; **Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Arslan:** s. 59-60; **Bahtiyar** s. 27; **Yılmaz,** s. 81; **Pulaşlı, Hasan:** Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanunu'nun Yorumu İle Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara 2013, s. 61-62.

²³ Kıymetli evrakta defî çeşitlerine ve benimsediğimiz defî sınıflandırmasına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Öztan,** s. 218 vd.; **Bahtiyar,** s. 28 vd. Bununla birlikte, kıymetli evrak hukukunda, defilerin sınıflandırılması konusunda öğretilerde bir fikir birliği bulunmamakta, hemen hemen her yazar defileri farklı şekillerde incelemektedir. Ancak yazarların yapmış oldukları farklı sınıflandırmalara rağmen varmış oldukları sonuçlarda genelde birleştikleri görülmektedir. Konuya ilişkin ayrıca bkz. **Yılmaz, Lerzan:** Kambiyo Senetlerinde Defîler (Einreden im Wertpapierrecht), İstanbul 2007, s. 101 vd.; **Helvacı, Mehmet:** Kambiyo Senetlerinde Defiler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1985 s. 16 vd.; **Pulaşlı,** s. 62 vd. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

Senetteki bir taahhüdün geçersizliğine ilişkin defiler ilk ölçüte göre kural olarak nisbi etkili ise de, kanaatimizce tüketicinin TKHK. m. 5/4'e dayalı savunması, bu anlamda istisna oluşturmakta ve tüketici tarafından, senet ile kendisine başvuran her hamile karşı öne sürülebilir nitelik arzetmekte olup, ilk ölçüte göre mutlak bir defî söz konusudur. Çünkü, yeni Kanunda açıkça "tüketici yönünden geçersizdir" ifadesine yer verilmesi, hem bu savunmadan sadece tüketicinin yararlanabileceğini, hem de tüketici tarafından senedin her hamiline karşı öne sürülebileceğini ortaya koymaktadır²⁴.

Bu düzenleme ile hem, imzaların bağımsızlığı, hukuki görünüşe güven, senetlerin tedavül gücü gibi kambiyo hukukuna ilişkin temel ilkelerin, hem de tüketici menfaatlerinin eşit diyebileceğimiz bir düzeyde korunmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır²⁵. Nitekim, hükmün "*Beşinci fıkrada yapılan düzenlemeyle, sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebileceği belirtilmiş, tüketici dışındaki kişiler yönüyle kambiyo senedi geçerli sayılmış, dolaşıma giren kambiyo senedi yönüyle işlem güvenliği sağlanmış, aynı zamanda da tüketicinin mağdur olmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır*" şeklinde kaleme alınan gerekçesi de yaptığımız bu saptamayı teyid etmektedir.

Öğretide YEŞİLTEPE ise, senedin tüketici yönünden geçersizliğinin, tüketici tarafından sadece temel ilişkinin alacaklısına karşı ileri sürülebilecek kişisel bir defî olarak yorumlanmasının doğru olmadığını, ancak lafzi bir yorum yapılarak, kanunun tüketiciye senedin geçersizliğine ilişkin mutlak bir defî hakkı tanıdığı sonucuna varılmasının da kanun koyucunun amacını aşan ve tüketiciyi gereğinden fazla koruyan bir yaklaşım olduğunu düşünmektedir. Yazara göre, tüketici, yalnızca senedin tüketici işlemi nedeniyle verildiğini ispatlayarak ödeme yapmaktan kaçınamayacak, ayrıca temel borç ilişkisinden kaynaklanan bir defî hakkının varlığını da ispatlamak zorunda kalacaktır²⁶.

Yazarın görüşüne şu gerekçelerle katılma olanağı bulamamaktayız :

²⁴ **Bahtiyar**, s. 30. Öğretide Gümüş de hükmü yorumlarken defî sınıflandırması yapmadan, hükmün sadece tüketicinin taahhüdü bakımından bir butlan yaptırımı öngördüğünü ve diğer imza sahiplerinin imzalarının bu durumdan etkilenmeyeceğini ifade etmiştir. **Gümüş**, s. 43.

²⁵ Aynı yönde bkz. **Aslan, İ. Yılmaz**: Tüketici Hukuku, Bursa 2014, s. 307-308.

²⁶ **Yeşiltepe, Salih Önder**: 6502 Sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi, MÜHF-HAD, C. 20, S. 2, s. 40-44.

- Öncelikle, kanun metninde geçen “tüketici yönünden geçersizdir” ifadesi temel ilişkiye bağlı defî hakkının tüketici tarafından ispatı gereğine işaret eden hiçbir açıklığa yer vermemektedir.

- İkincisi, hükmün gerekçesinde de, yazarın savunduğu sonuca varmayı gerektirecek herhangi bir ibareye rastlanmamaktadır.

- Kaldı ki; senedin tüketici işlemi nedeniyle verildiğini ispat yanında, ayrıca temel ilişkiden doğan bir definin varlığını da ispat etmesinin tüketiciden istenmesi, 6502 sayılı TKHK’nın genel yaklaşımına aykırı bir şekilde tüketicinin durumunu en azından ispat külfeti bakımından ağırlaştırıcı bir sonuç olacaktır.

TKHK m. 4/5’in kapsamına, tüketicinin düzenleyen değil de başvuru borçlusu olarak yer aldığı senetlerin girip girmediği de tartışılabilir. Hükmün, *Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir*” biçimindeki ifadesi, tüketicinin yalnızca “düzenleyen” sıfatıyla imzaladığı senetleri kapsar gözükmektedir. Öğretide GÜMÜŞ ise, hükmün lafzına rağmen, tüketicinin korunması ilkesi gereği tüketicinin başvuru borçlusu olarak yer aldığı kıymetli evrakta da aynı kuralın geçerli olacağını ifade etmektedir²⁷.

Kanımızca, tüketicinin ciranta sıfatıyla imzaladığı emre yazılı bir bonoyu satıcıya veya sağlayıcıya vermesi durumunda TKHK m. 4/5’in uygulanması kanunun lafzı karşısında uygulamada sorun yaratabilir. Bu nedenle kanunda konuya ilişkin açık düzenleme yapılması yolu tercih edilebilir, tüketicinin daha fazla korunması amacıyla hükmün tüketicinin başvuru borçlusu olarak yer aldığı senetleri de kapsamı gerektiği öngörülebilirdi.

²⁷ Yazar, “*Hüküm tüketicinin keşideci sıfatını kaleme alarak kaleme alınmış olsa da, hükmün temel tüketiciyi koruyucu ratiosu gereği tüketicinin başvuru borçlusu olarak yer aldığı kıymetli evrakı da kapsar*” diyerek tüketicinin lehartı olduğu bir emre yazılı bonoyu satıcı ya da sağlayıcıya ciro ettiği bir durumda da, tüketicinin taahhüdünün batıl olacağı sonucuna varmaktadır. **Gümüş**, Şerh, s. 43. Yazarın bonoda düzenleyen yerine keşideci ifadesini kullanması kanımızca doğru olmamıştır. “Keşideci”, bünyesinde üçlü bir ilişkiyi barındıran poliçe ve çek için eTK’da kullanılan bir kavram idi. İkili bir ilişkiye dayanan bono için ise tanzim eden (düzenleyen) kavramı kullanılmakta idi. TTK’da ise, senet ilişkisindeki taraf sayısına bakılmaksızın, tüm kambiyo senetlerinde ortak bir kavram olarak düzenleyen denilmiş, keşideci kavramına ise hiç yer verilmemiştir. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

Ayrıca eklemeliyiz ki; TKHK'nın 77. maddesinde; TKHK'nın 4. maddesinde belirtilen yükümlülöklere aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, TKHK m. 4/5'e aykırı düzenlenen her bir senet için iki yüz Türk Lirası idari para cezası uygulanması söz konusu olacaktır.

V. 4077 VE 6502 SAYILI KANUN HÜKÜMLERİNİN KISACA KARŞILAŞTIRILMASI

Yukarıda aktarılan bilgiler bilgiler ışığında, eski ve yeni düzenlemelerin, temelde kapsam, cezai yaptırım ve hukuki yaptırım açılarından birbirinden ayrıldıkları söylenebilir:

Kapsam Bakımından

Eski Kanun'un kıymetli evraka ilişkin düzenlemesi taksitli satışlara (kampanyalı ve kapıdan dahil) uygulanırken, yeni Kanun'nun ilgili düzenlemesi, tüm tüketici işlemlerini kapsamına almaktadır.

İdari Yaptırım Bakımından

Eski Kanun'da yasağa aykırı davranılması durumunda 100 TL idari para cezası öngörölmüşken (eTKHK. m. 25/2); yeni Kanun'da 200 TL idari para cezası öngörölmüştür (TKHK. m. 77/1).

Hukuki Yaptırım Bakımından

Eski düzenleme “geçersizdir” ifadesine yer verir ve senedin tümünden (herkes açısından) geçersiz sayılacağı gibi hatalı bir izlenime yol açarken, yeni düzenlemede isabetli olarak, “tüketici yönünden geçersizdir” ifadesine yer verilmiştir.

6502 SAYILI TKHK'DAKİ M. 4/6 HÜKMÜ VE AVALE ETKİSİ

TKHK m. 4/6'da ise yeni bir düzenleme getirilerek tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık alınan şahsi teminatların her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağı hükme bağlanmıştır²⁸. ETKHK'da da benzer yönde düzenlemeler bulunmaktaydı:

- ETKHK m. 10/4'e göre, “*Kredi verenin, tüketici kredisini belirli bir marka mal veya hizmet satın alınması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı*

²⁸ Hükümün devamında ise, tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatların, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılacağı hükme bağlanmıştır.

ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda satılan malın veya hizmetin hiç ya da zamanında teslim veya ifa edilmemesi halinde kredi veren tüketiciye karşı satıcı veya sağlayıcı ile birlikte müteselsilen sorumlulu olur”.

- ETKHK m. 10/B/8 uyarınca, “Kullanılan finansmanın teminatı olarak şahsi teminat verildiği hallerde, konut finansmanı kuruluşu asıl borçluya ve diğer teminatlara başvurmadan, kefilden borcun ifasını isteyemez”.

Yine benzer bir düzenleme, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, m. 24/5’de de yer almaktadır. Hükme göre; “Kart hamilinin borcu kefile bildirilmedikçe, kefil için temerrüt durumunun oluşmayacağı sözleşmede gösterilir. Sözleşme hükümlerinde kefilin sorumluluğunu artırıcı nitelikteki değişikliklere ve kartın kullanım limitinin yükseltilmesine ilişkin olarak ilave şartlara dair sorumluluğunun başlaması için kefilin yazılı onayının alınması şarttır. Kredi kartı kullanımlarındaki kefalet, Borçlar Kanunu’nda belirtilen adi kefalet hükümlerine tabidir. Asıl borçluya başvurulup borcun tahsili için tüm yollar denenmeden kefilden borcun ifası istenemez”.

TKHK m. 4/6 ile, tüketicinin borcu için verilen teminatlar, kanunen öngörülen tahvil kurumu ile kendiliğinden adi kefalet sözleşmesine dönüşmüş olmaktadır²⁹.

TKHK m. 4/6’nın gerekçesi, “Buna göre tüketici işlemlerinde, tüketicinin verdiği şahsi teminatlara Türk Borçlar Kanununda yer alan adi kefalet hükümleri uygulanacaktır. Bu düzenlemenin amacı tüketici işlemlerinde kefil olan kişileri korumaktır. Bu doğrultuda tüketici işlemlerinde ancak adi kefaletin kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir. Tarafların müteselsil kefalet kararlaştırmış olmaları halinde bile bu kefalet sözleşmesi adi kefalet hükmünde olacaktır” şeklindedir.

Gereğede de ifade edildiği üzere, hüküm ile tüketici işlemlerine kefil olan kişilerin korunması amaçlanmıştır. Şu halde, tüketici işlemlerinde ancak adi kefalet kararlaştırılabilecek, taraflar müteselsil kefalet kararlaştırmış olsalar bile bu kefalet adi kefalet hükmünde olacak ve tüketici işlemlerine tüketicinin lehine verilen şahsi teminatlara TBK’nın adi kefaletle ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

²⁹ Bu yönde **Gümüş**, s. 46. Söz konusu hükmün emredici nitelikte olduğu ve hükmün aksinin kararlaştırılmayacağı yönünde ayrıca bkz. **Aydoğdu**, s. 208. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

Bu düzenleme karşısında, uygulamada ve akademik çalışmalarda anlatım kolaylığı olması için “bir tür özel kefalet veya senet kefaleti” diye nitelenen, avalin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusu akla gelebilir. Hükmün lafzı, aval de kapsar gözükmekle birlikte, işlem güvenliği ve tedavül kabiliyeti gerekçesi, bizi aksi sonuca götürmektedir.

Aslında TBK m. 603 hükmünün lafzı da benzer bir tartışmaya neden olabilecek niteliktedir. TBK 603'e göre; kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler³⁰, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.

Hükmün “başka ad altında yapılan sözleşmeler” ifadesi dolayısıyla geniş yorumlanabileceği ve aval de kapsayacağı akla gelebilirse de, kıymetli evrakın tedavül kabiliyeti ve işlem güvenliği ilkeleri nedeniyle TBK. hükmünün avale uygulanmaması gerektiği inancındayız³¹. Çünkü aval kurumu ticari hayattaki tedavül güvenliğini ve hızını sağlamak amacıyla getirildiği için, TTK'nın avale ilişkin hükümlerinde, öncelikle hamilin ve dolaylı olarak da kamunun menfaatleri korunmaktadır. Oysa kefaletle ilişkin TBK hükümlerinde kefilin menfaati ön plandadır³². Bu iki menfaatin çatışması halinde hangisine üstünlük tanımak gerektiği de ortadadır.

Avalin bir tür şahsi teminat olması ve TKHK m. 4/6'da, açıkça şahsi teminatlardan söz edilmesi, uygulamada sorunlara neden olabilecektir. Çünkü, avalin bu hüküm kapsamında değerlendirilmesi kıymetli evrak hukuku ilkeleri ile bağdaşmayacak ve hukuk güvenliğini sarsacaktır. Kanımızca olası tartışmaların önüne geçmek ve işlem güvenliğini korumak

³⁰ Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmasına ilişkin olarak 28.03.2013 tarihinde BK m. 584'e eklenen fıkra ile “ *Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz*” düzenlemesi getirilmiştir.

³¹ **Bahtiyar**, s. 80-81.

³² **Demirkapı, Ertan**: *Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini*, İzmir 2005, s. 132-133.

adına TKHK'nın 4/6 hükmüne avale ilişkin TTK hükümlerinin saklı tutulduğuna ilişkin açık bir düzenleme getirilmesi uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

Arkan, Sabih: Tüketici Kredileri, BATİDER., C. XVIII, S. 1-2, Y. 1995, s. 35-42.

Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, Bursa 2010.

Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku, Bursa 2014.

Aydoğdu, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.

Bahtiyar, Mehmet: Kıymetli Evrak Hukuku, Ders Notları-Soru Örnekleri, İstanbul 2014.

Battal, Ahmet: Kıymetli Evrakla Borç Altına Giren Tüketicinin Korunması, BATİDER., C. XIX, S. 3, Y. 1998, s. 95-112.

Demirkapı, Ertan: Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, İzmir 2005.

Domaniç, Hayri: Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-IV, İstanbul 1990.

Eroğlu Uzunallı, Sevilay: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri, DEÜHFD, C. 6, S. 1, 2004, s.113-176.

Gümüş, Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1, İstanbul 2013.

Helvacı, Mehmet: Kambiyo Senetlerinde Defiler, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1985.

İmregün, Oğuz: Kıymetli Evrakta Defiler, İkt. Mal., C. VII, S. 12, s. 655-663.

Kara, İlhan: Tüketici Hukuku, Ankara 2012.

Öztaş, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Çek Kanunu Yorumu İle, İstanbul 2013.

Pulaşlı, Hasan: Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre ve 6273 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanunu'nun Yorumu İle Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, Ankara 2013.

Şafak, Ali: Tüketici İşlemi Sonrasında Düzenlenen Emre Yazılı Senedi Ciro Yolu İle Devralan Haklı Hamile Karşı Senedin Geçersizliği İddiasının İleri Sürülüp Sürülemeyeceği, İBD., C. 89, S. 2, Y. 2015, s. 179-195.

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan: Kıymetli Evrak Hukuku, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na, Yeni Çek Kanunu'na ve Yeni Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre, İstanbul 2014.

Yeşiltepe, Salih Önder: 6502 Sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi, MÜHF-HAD, C. 20, S. 2, s.23-44.

Yılmaz, Lerzan: Kambiyo Senetlerinde Def'iler (Einreden im Wertpapierrecht), İstanbul 2007.

Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2004.

**HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU’NUN KANUN YOLU
HÜKÜMLERİNİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI**
(*INTERTEMPORAL FIELD OF APPLICATION OF APPEAL PROVISIONS OF
TURKISH CODE OF CIVIL PROCEDURE*)

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK*

ÖZET

Bu makalede Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun kanun yolu hükümlerinin zaman itibarıyla uygulanması konusu ele alınmıştır. Bu kapsamda, ilk olarak Kanun’un istinaf, temyiz ve yargılamanın iadesi kanun yolları hükümleri incelenmiş; sonrasında hakem kararlarının iptali hakkında görevli mahkemenin hangi mahkeme olacağı konusu irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kanunların zaman itibarıyla uygulanması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, kanun yolları, istinaf, bölge adliye mahkemesi, temyiz, Yargıtay, yargılamanın iadesi, hakem kararlarının iptali.

ABSTRACT

This essay discusses intertemporal application of legal remedy articles of Turkish Code of Civil Procedure. In this context, firstly, legal remedies of the Code such as appeal, cassation and new trial are considered; following, the court having jurisdiction with regards to the setting aside of arbitral awards is examined.

Keywords: *Intertemporal conflict of laws, Turkish Code of Civil Procedure, appeal, cassation, new trial, setting aside of arbitral awards.*

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** abudak@abudak.av.tr

I. İsviçre Medeni Kanunun müellifi Huber İsviçre Özel Hukukunun Sistemi ve Tarihi başlıklı eserinde kanunların zaman itibari ile uygulanmasına ilişkin İsviçre kanton hukuku geleneğinden bahsederken, yeni bir kanun ile eski hukuk arasındaki ilişkiyi tayin eden kuralların az sayıda genel kuralardan ibaret olduğundan yakınmakta ve 1847-1855 tarihli Aargau Kantonu Medeni Kanununun 3. maddesini örnek vermektedir¹. Bu hükme göre: “Kanunlar geçmişe uygulanmaz; bu sebeple kanunlar geçmişteki fiiller ve geçmişte kazanılmış haklar üzerinde hiçbir etki doğurmaz”.

Aradan geçen bir buçuk yüzyıla rağmen kanunların zaman itibariyle uygulanması ile ilgili kural ve görüşlerde önemli bir değişiklik olmamıştır. On dokuzuncu yüzyıldan 1960’lı yıllara kadar ilmi ve kazai içtihatlarla kanunların zaman itibariyle uygulanması konusuyla ilgili olarak sıkça kullanılan terimler “geçmişe etkili olmama”, “kazanılmış haklar” ve “beklenen haklar” terimleriydi². Kanunların zaman itibariyle uygulanmasına ilişkin temel kural bu terimler kullanılarak genellikle şöyle ifade edilmekteydi: “Kanunlar geçmişe etkili değildir. Eski kanun zamanında *kazanılmış* haklar yeni kanun zamanında da korunur. Ancak eski kanun zamanında henüz kazanılmamış fakat belirli bir hukuki ilişkiye dahil olmak dolayısıyla *beklenen* haklar aynı şekilde himaye görmez; beklenen haklar yeni kanuna tabidir.”

Temel kuralın bu açıklanış tarzına göre örneğin bir erkeğin Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden evvel yaptığı çok eşli evlilik bütün eşler bakımından yeni kanun zamanında da geçerliliğini muhafaza eder. Fakat bu evlilikler Medeni Kanun devrinde bu yeni kanuna tabi olacaktır. Bu sebeptendir ki mesela birden fazla eşi olan erkek eşlerinin hiç birini talakı selase ile boşayamayacaktır.

Açıklanan bu temel kuralın istisnası kamu düzenine ilişkin yeni kanun hükümleridir³. Kamu düzenine ilişkin yeni kanun hükümleri eski kanun zamanında kazanılmış hakları ortadan kaldıracaktır; köleliği ilga eden yeni kanun hükümlerinin geçmişe etkili olması ve köle üzerindeki mülkiyet hakkını ortadan kaldırması gibi.

¹ Eugen Huber, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, 1.Cilt, Basel 1886, s. 73 vd.

² Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Cilt, Berlin 1910, s. 15 vd.

³ Huber, s.73.

1960'lı yıllardan sonra ilmi ve kazai içtihatlarda kanunların zaman itibariyle uygulanması konusuyla ilgili olarak gittikçe daha sık kullanılmaya başlayan ifade tarzı ise “yeni kanunun derhal uygulanacağı” şeklinde olup⁴; aynı düşünceyi ifade etmek üzere bazen “gerçek olmayan geçmişe etki” terimi de kullanılmıştır⁵. Buna göre yeni kanun hükümleri yürürlüğe girmeleri üzerine hemen uygulanmaya başlarlar; yeni kanun uygulanacağı hukuki ilişkinin eski kanun zamanında kurulmuş olması kanun hükümlerinin uygulanmaya başlamasına engel olmaz. Bu kuralın istisnası olarak yine, eski terminoloji zamanında olduğuna benzer şekilde, “taraf iradeleri dikkate alınmadan tabi olunacak hukuki durumlara” ilişkin yeni kanun hükümleri gösterilmektedir⁶.

Temel kuralın “geçmişe etkili olmama”, “kazanılmış ve beklenen haklar” terimleriyle ifade edilmesi ile “derhal uygulanma” terimiyle ifade edilmesi arasında kanımca esaslı bir fark yoktur⁷.

Bazen ifade edildiğinin aksine, kanunların zaman itibariyle uygulanması hakkındaki temel kural maddi hukuk kuralları ve usul hukuk kuralları bakımından da farklılık arz etmez. Usul hukuku kuralları da maddi hukuk kuralları gibi yürürlüğe girmeleri ile birlikte, derhal uygulanırlar⁸. Nasıl ki bir maddi hukuk ilişkisinin eski kanun zamanında başlamış olması

⁴ Medeni Hukukla ilgili olarak bkz. Aytekin Ataay, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 3. Bası (İstanbul 1980), s. 195-197; Başak Baysal, “Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan (Ankara 2004), s. 475 – 503. Medeni usul hukukuyla ilgili olarak bkz. Hakan Pekcanitez / Oğuz Atalay / Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası (Ankara 2013), s. 70; Ömer Ulukapı, Medeni Usul Hukuku, 1. Bası (Konya 2014), s. 13; Timuçin Muşul, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası (Ankara 2013), s. 18; Abdurrahim Karlı, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Bası (İstanbul 2012), s. 81.

⁵ Susanne Schoch, Das intertemporale Zivilprozessrecht, Zurich 1959, s. 30.

⁶ Ezcümle bkz. Başak Baysal, Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü, İHFM Cilt 70 (2012), sayı 1, s. 221-244, s. 225 vd.

⁷ “Makabline şamil olmama” ifadesini kullanan eski HUMK m. 578'in “derhal uygulanma” ifadesini kullanan HMK m. 448 ile aynı anlamda olduğu hakkında bkz. HMK m. 448'in gerekçesi ve Muhammet Özekes, “Özel Hukuk – Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması”, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan (Ankara 2010), 31. dipnotuna bağlı kısım ve orada atıf yapılan eserler.

⁸ H. Yavuz Alangoya / M. Kâmil Yıldırım / Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası (İstanbul 2009), s. 16; Hüseyin Hatemi, İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku (İstanbul 2004), s. 29. Bkz. Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası (İstanbul 2000), s.75.

o ilişkiden doğan hak ve yükümlülükler yeni kanunun uygulanmasına engel teşkil etmezse, bir usul hukuku ilişkisini, o meyanda bir davanın eski kanun zamanında başlamış olması o usul hukuku ilişkisine yeni kanunun uygulanmasına engel oluşturmaz.

Usul hukuku bakımından kanunların derhal uygulanması kuralının tatbikinde ortaya çıkan önemli soru bir usul hukuku işleminin ne zaman tamamlanmış sayılacağıdır. Çünkü eski kanun zamanında tamamlanmış işlemler bakımından, tabi oldukları usul ve geçerlilikleri konusunda, eski kanun hükümleri uygulanacaktır.

HMK 450. maddesinde HUMK'nın “ek ve değişiklikleriyle birlikte tümüyle” yürürlükten kaldırıldığı ve 451. maddesinde de yeni kanunun 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girdiğini öngörmüş olup, “Zaman bakımından uygulanma” kenar başlıklı 448. maddesinde şu hükme yer vermektedir: “Bu kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır”⁹.

Acaba bir usul işleminin tamamlanmış olup olmadığı belirlenirken sadece o münferit usul işleminin yapılmış olmasına mı itibar edilecek, yoksa o münferit işlemin dahil olduğu usul kesitinin (dilekçeler aşaması, tahkikat, sözlü yargılama ve hüküm, kanun yolları şeklinde sıralanabilecek) tamamlanmış olması mı aranacaktır? İlmi içtihatlarda bu kabul şekillerinin ilki “münferit usul işlemleri teorisi” ikincisi ise “usul kesitleri teorisi” olarak adlandırılmaktadır¹⁰.

Kanımcı HMK m. 448'in yorumu bakımından Türk kanun koyucunun usul kesitleri teorisini benimsediğini kabul etmek için sebep yoktur. Kural olarak her bir usul işlemi, usul ilişkisinin ne zaman kurulduğuna, özellikle davanın ne zaman açıldığına bakılmaksızın, yapıldığı zaman yürürlükte olan kanun hükmüne tabi olacaktır¹¹. Mesela HMK'nın yürürlüğe

⁹ HMK'nın geçici 1. maddesinin 1. fıkrası bu kuralı “Bu Kanunun yargı yolu ve göreve ilişkin hükümleri, Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki tarihte açılmış olan davalarda uygulanmaz” şeklinde (görev ve yargı yolu bakımından) tekrar etmekte ise de aynı ilkenin mesela mahkemelerin yetkisi bakımından da geçerli olduğunda tereddüt etmemek gerekir.

¹⁰ Schoch, s. 45 vd.

¹¹ Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, 1. Bası (Ankara 2016), s. 62; İbrahim Özbay, “Yargıtay'ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükümünün Zaman Bakımından YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

girmesinden önce açılmış bir davada, HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra bir tanık dinlenecek ise bu tanığın dinlenme usulü yeni kanuna tabi olacak, ezcümle taraf vekilleri (eski kanun zamanında kendilerine böyle bir imkân tanınmamış olmasına rağmen) tanığa doğrudan soru yöneltebileceklerdir (HMK m. 152).

İşte HMK m. 448'in benimsemiş olduğu bu kurala Kanun'un geçici 3. maddesiyle getirilmiş olan önemli bir istisna kanun yolları hakkındadır. Çünkü yeni kanun yolları hükümleri yürürlüğe girmeden evvel karara bağlanmış olan davadaki kanun yolu incelemesi eski kanuna tabi olacak; başka bir deyişle yeni kanun hükümlerinin yürürlüğe girmesinden önce kanun yolları aşamasına (yeni bir usul kesitine) geçilmiş olması o usul kesiti tamamlanincaya kadar eski kanun hükümlerinin uygulanmasını gerektirecektir. Aşağıda bu istisna hükmü daha yakından incelenecektir.

II. HMK'nın kanun yollarına ilişkin hükümlerinin zaman bakımından uygulanması

A. İstinafa (Bölge Adliye Mahkemelerine) ilişkin hükümlerin uygulanması

1. HUMK'un kanun yollarına ilişkin hükümleri 07.10.2004 tarih ve 25606 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5236 sayılı Kanun'la değiştirilmiş; bu değişiklikle tek dereceli olan kanun yolu sistemimiz, istinaf ve temyiz dereceleri olmak üzere iki dereceli hale getirilmiş idi. Ancak, HUMK'a 5236 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile eklenen geçici 3. madde şu hükmü içermektedir:

“Bölge adliye [istinaf] mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun temyize ilişkin [07.10.2004 tarihi itibarıyla] yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.”

Bölge Adliye Mahkemeleri Adalet Bakanlığı'nın 05.06.2007 tarih ve 26543 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan kararı ile kurulmuş; fakat içinde çalışacakları binalar hizmete girmediği ve hâkimlerinin tümü atanmadığı için uzun süre göreve başlayamamıştır. Bu nedenle, HUMK'a 5236 sayılı Kanun'la eklenen yeni kanun yolu hükümleri uygulanamamıştır (bkz. Adalet Bakanlığı internet sayfasında 22.05.2007 tarihinde yayımlanan duyuru). HMK'nın 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş ve HUMK'u

Uygulanması”, DEÜHFD Cilt 16 (2014) – Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Cilt 1, s. 779 – 811, s. 783.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

yürürlükten kaldırmış olması sebebiyle, söz konusu HUMK hükümlerinin bundan sonra da uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Ancak HUMK'da yer alan istinaf hükümleri, hemen hemen hiç değiştirilmeden, HMK'ya da alınmıştır.

Adalet Bakanlığının hazırlık çalışmaları dikkate alındığında, istinaf mahkemelerinin HMK'nın yürürlüğe girdiği 1 Ekim 2011 tarihinde göreve başlayacağı tahmin edilmekte idi. (Bkz. Adalet Bakanlığı Stratejik Planı (2010-2014), s. 67; Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı, s. 10.) Ancak bu gerçekleşmedi. İstinaf mahkemelerinin HMK'nın yürürlüğe gireceği 1 Ekim 2011 tarihinde dahi göreve başlayamayacağını anlaşıldı ve 6217 sayılı Kanun değişikliği ile HMK'ya aşağıdaki geçici 3. madde ekledi¹²:

“(1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete’de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyizle ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(2) Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(3) Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.”

Yukarıdaki kanun hükümlerine göre, HUMK'un istinafa ilişkin yasal düzenlemelerin yapıldığı 2004 yılında uygulanan temyiz hükümlerinin, istinaf mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar bütün davalarda; istinaf mahkemeleri göreve başladıktan sonra ise söz konusu “göreve başlama” tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında olmak üzere bir süre daha uygulanmaya devam edeceği öngörülmüştür. Geçici m. 3(1) sadece “temyiz”den bahsetmiş, karar düzeltme yolundan bahsetmemiş olmasına rağmen, karar düzeltme yolu temyiz yolunun devamı olduğu için, istinaf mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar

¹² RG 14.04.2011, 27905.

karar düzeltme yolunun da açık olduğu ilmi ve kazai içtihatlarda kabul edilmektedir¹³.

2. Nihayet, HMK'nın yürürlüğe girmesinden dört yıl sonra, istinaf mahkemelerinin göreve başlama tarihi 7 Kasım 2015 tarihli Resmi Gazete'de 20 Temmuz 2016 olarak açıklanmıştır¹⁴.

HMK'nın geçici 3. maddesinin lafzı, istinaf mahkemelerinin göreve başlama tarihi olan 20 Temmuz 2016 gününden önce (mesela 9 Temmuz'da) yapılan sözlü yargılama sonunda duruşmada verilen fakat gerekçesi 20 Temmuz 2016 tarihine kadar yazılmayan kısa kararlar hakkında HMK'nın istinaf hükümlerinin mi, yoksa eski kanunun (istinafi içermeyen) kanun yolu hükümlerinin mi uygulanacağı konusunda sarih değildir. Çünkü, geçici 3. maddenin ilk fıkrası "bölge adliye mahkemelerinin ... göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı" hükmünü içerirken; aynı maddenin ikinci fıkrası "bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağını" öngörmektedir. Buna göre 9 Temmuz günü verilen ve gerekçeli kararın tebliğ tarihine göre 20 Temmuz'dan önce de, sonra da temyiz edilmek ihtimali bulunan bir karar, sözlü yargılama duruşmasında kısa karar olarak tutanağa geçirilirken kanun yolunun nasıl belirtileceği (kararın temyiz edilebileceğinin mi, yoksa istinaf edilebileceğinin mi yazılacağı) konusunda bir belirsizlik ortaya çıkmaktadır. Kanunun lafzındaki bu belirsizlik karşısında, istinaf mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce sözlü yargılama sonunda duruşmada verilen fakat gerekçesi yazılmayan kısa kararlar hakkında da eski kanunun (istinafi içermeyen) kanun yolu hükümlerinin uygulanacağı kanısındayım. Çünkü mahkeme kararının varlık kazanması ve nispi kesin

¹³ Sema Taşpınar Ayvaz, Hukuk Muhakemeler Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması (Ankara 2013), s. 441; Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s. 584; 2. HD 24.12.2015, 23731/24897, legalbank.net.

¹⁴ Bölge Adliye Mahkemeleri ve Bölge İdare Mahkemelerinin Tüm Yurtta Göreve Başlayacakları Tarihe İlişkin Karar, RG 07.11.2015, 29524. Ayrıca bkz. Altı Yeni Bölge Adliye Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Karar, RG 07.11.2015, 29524; istinaf mahkemelerinin sayısının yediye indirilmesi hakkındaki 29.02.2016 tarih ve 53 sayılı HSYK Genel Kurul Kararı, RG 01.03.2016, 29640.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

hüküm kısa kararın verildiği tarihte ortaya çıkar; kısa kararı veren hâkimin henüz uygulanmaya başlamamış istinaf hükümlerine göre karar vermesi usule aykırı olur.

3. İstinaf hükümleri 2005 yılında İş Mahkemeleri Kanunu'na 5308 sayılı Kanunla eklenmiştir¹⁵. Bu hükümler arasında yer alan geçici 1. maddeye göre, İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5308 sayılı Kanun değişikliğinden önce yürürlükte olan temyiz hükümleri (m. 8) istinaf mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar uygulanmaya devam edecektir.

Belirtelim ki, yeni yargı içtihatlarında iş mahkemelerindeki temyiz süresinin (8. maddede öngörüldüğünün aksine) gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlayacağı kabul edilmektedir¹⁶. HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra yapılan bir kanun değişikliğine göre de, iş mahkemesi kararlarına karşı verilen direnme kararlarının temyiz incelemesi ilgili Yargıtay Dairesi tarafından yapılacak; ancak direnme kararı yerinde görülmezse dosyayı nihai karar için Hukuk Genel Kurulu'na gönderecektir¹⁷.

¹⁵ RG 18.03.2005, 25759.

¹⁶ “Yargılama gideri ile ücreti vekâletin davanın kabul ve red oranına göre hesaplanarak taraflardan tahsiline dair verilen karar, **kararın tebliğ tarihinden itibaren yasal 8 günlük süre içerisinde Yargıtay'da temyiz** yolu açık olmak üzere tarafların yüzüne karşı açıkça okunup, usulen anlatıldı. 06.03.2014.” İstanbul Anadolu 7. İş Mahkemesi, esas No: 2013/241 (MİHDER Cilt 10, Sayı 27, 2014/1, s. 115). “... 30/01/1950 tarih ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 02/03/2005 tarih ve 5308 sayılı Kanunla değişmeden önceki 8.maddesine göre iş mahkemesinin nihai kararları tefhim tarihinden itibaren sekiz gün içinde temyiz edilebilecektir. Maddedeki “tefhim” kavramının “hükme ilişkin tüm hususların gerekçesi ile birlikte açıklandığı hal” olarak anlaşılması zorunludur. **Bu nedenle, yukarıda açıklanan nitelikte bir tefhim varsa temyiz süresi tefhim tarihinden itibaren, aksi halde gerekçeli kararın tebliğinden itibaren başlayacaktır. ...** Her ne kadar uygulamada iş mahkemesinde karşı temyiz yolu ile temyiz hakkı tanınmamakta ise de gerek iş hukuku mevzuatında gerekse de HUMK'nun temyize ait hükümlerinde bunu engelleyen bir hüküm bulunmadığı açıktır. Bu nedenle 6217 sayılı Kanunun 30.maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen “Geçici madde 3” atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 433/1.maddesi gereğince temyiz dilekçesinin hüküm veren mahkeme aracılığı ile karşı tarafa tebliğ edilmesi ve karşı tarafa temyiz dilekçesine karşı cevap verme ve karşı temyiz isteminde bulunmak hakkının tanınması gereklidir.” HGK., Esas No:2014/9-1438, Karar No: 2015/580, 21.01.2015 (MİHDER, Cilt 11, Sayı 30, 2015/1)

¹⁷ İş Mahkemeleri Kanunu geçici m. 2: “Bölge adliye mahkemelerinin, 5235 sayılı Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, Yargıtay'ın bozma kararlarına karşı verilen direnme kararının temyizi halinde dava dosyası, önce kararı veren daireye gönderilir. Direnme kararları daireler tarafından önce-

YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

4. İstinaf hükümlerine uyum sağlanması için İİK'nın kanun yollarına ilişkin hükümleri de 2005 yılında değiştirilmiştir¹⁸. Bu değişiklik 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun ile iki dereceli hâle getirilen kanun yolları sistemimize uyum sağlanmaktan başka, icra mahkemesi kararlarının temyizi konusundaki temel kural da değişmiş, yeni 363. maddede “temyizi kabil” icra mahkemesi kararlarının bir listesine yer verilmek yerine, “istinaf edilemeyen” kararları sayılmak suretiyle, diğer bütün icra mahkemesi kararlarının istinafının kabil olduğu kural benimsenmiştir.

İİK'nın kanun yollarına ilişkin hükümlerini değiştiren 5311 sayılı Kanun'un 29. maddesiyle İİK'ya eklenen geçici madde 7'ye göre:

“Bölge adliye mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca göreve başlama tarihinden önce verilen kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar İcra ve İflâs Kanununun bu Kanunla yapılan değişiklikten önceki temyiz ve karar düzeltmeye ilişkin hükümleri uygulanır.”

Bu kanun hükmü HMK'nın geçici 3. maddesinin 2. fıkrasıyla benzerlik göstermektedir ve kanımca aynı şekilde (istinaf mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce verilen fakat gerekçesi yazılmayan kısa kararlar hakkında da eski kanun yolu hükümlerinin uygulanacağı şeklinde) yorumlanmalıdır.

B. Temyize ilişkin hükümlerin uygulanması

1. HUMK'a 26.09.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile eklenen “Ek madde 4” hükmü, 01.10.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ek madde 4 hükmü HUMK'taki parasal sınırların belirlenmesine ilişkin şu düzenlemeyi getirmiştir:

“Görev, kesin hüküm, istinaf, temyiz, Yargıtay'da duruşma, senetle ispata ve sulh mahkemelerindeki taksim davalarında muhakeme usulünün

likle incelenir. Kararı veren daire, direnmeyi yerinde görürse kararı düzeltir; yerinde görmezse talebi on gün içinde Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna iletir.” 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun m. 39 (RG 05.07.2012, 28344).

¹⁸ 5311 sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 18.03.2005, 25759.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

belirlenmesine ilişkin maddelerdeki parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırların onmilyon lirayı [10 lirayı] aşmayan kısımları dikkate alınmaz. Bu uygulama nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilemez. - Yukarıdaki fıkra uyarınca her takvim yılı başından geçerli olmak üzere uygulanan parasal sınırların artışı, artışın yürürlüğe girdiği tarihten önce ilk derece mahkemelerince nihai olarak karara bağlanmış davalar ile bölge adliye mahkemesi kararı üzerine yeniden bakılan davalarda ve Yargıtay'ın bozma kararı üzerine kararı bozulan mahkemece yeniden bakılan davalarda uygulanmaz.”¹⁹

Ek madde 4 hükmünün, bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar uygulanacak parasal sınırların belirlenmesi hususunda geçerli olup olmayacağına ilişkin HMK’da bir düzenleme mevcut değildir. HMK geçici m. 3 hükmü, HUMK’un kanun yollarına ilişkin hükümlerinin bir süre daha (bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar) uygulamaya devam edeceğini öngörmekle beraber, parasal sınırların belirlenmesi bakımından Ek madde 4 hükmüne herhangi bir atıf içermemektedir. Kanundaki parasal sınırların yükseltilmesi, hak arama hürriyetinin sınırlandırılması sonucunu doğuracağından, bu sınırlamayı içeren hükümlerin dar yorumlanması tercih edilmelidir. Bu sebeple kanımca, yeniden değerlendirme yapılabilmesinin açık bir kanuni dayanağı bulunmadığından, bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar, HUMK’taki 2011 yılına ilişkin parasal sınırlar uygulanmaya devam edecektir.²⁰

¹⁹ RG 07.10.2004, 25606.

²⁰ Ali Cem Budak, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 8. Bası (Ankara 2015), s. 629 – 630; aynı yönde Taşpınar Ayvaz, s. 304 – 305; aksi yönde Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 81. Öte yandan, karar düzeltme yoluna ilişkin parasal sınır ile ilgili başka bir özellik daha vardır. Eski HUMK’a 5236 sayılı Kanun’un 19. maddesi ile eklenen Ek madde 4 hükmünde, artırılacak parasal sınırlar arasında karar düzeltme sınırı sayılmamıştır. Bu sebeple, ilmi içtihatlarda, kanımca haklı olarak, karar düzeltme sınırının HUMK’un yürürlükte olduğu dönem sonuna kadar da 2004 yılındaki haliyle (6.000 TL olarak) kalması gerektiği belirtilmiş; ancak bu görüş kazai içtihatlarda benimsememiştir. Bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası (Ankara 2013), s. 1566, 1571 ve orada yer verilen HGK 31.01.2007, 4-48/46; Pekcanitez / Atalay / Özkes, s. 967 - 968 ve orada yer verilen 1. HD 19.09.2012, 8651/9637; Taşpınar Ayvaz, s. 302.

Ancak, anılan Ek madde 4 hükmünün halen uygulama imkânı bulunduğu şeklindeki (katılmadığım) görüş kabul edilirse, 2015 ve 2016 yıllarına ilişkin parasal sınırlar aşağıdaki gibidir:

Konu	HUMK	01.01.2015- 31.12.2015	01.01.2016- 31.12.2016
Temyiz sınırı	<i>m. 427</i>	2.080 TL	2.190 TL
Temyizde duruşma sınırı	<i>m. 427.IV, m. 438</i>	21.220 TL	22.400 TL
Karar Düzeltme Sınırı	<i>m.440</i>	12.690 TL	13.390 TL

(Nedim Meriç, MİHDER 2015/3, Cilt 11, sayı 32.)

2. 2013 yılında yürürlüğe giren 6460 sayılı Kanun ile de, alışılmamış bir usulle, hem HMK'nın hem de yürürlükten kalkmış olan HUMK'un kanun yolu hükümlerinde bir değişiklik yapılmıştır²¹. Mevzuatımıza, HMK'ya 373. maddenin son fıkrası, HUMK'a 439. maddenin son fıkrası ve HUMK'un 2004 yılında değişen (fakat halen uygulanan) temyiz hükümlerine 429. maddenin son fıkrası olarak giren bu yeni kanun hükmüne göre:

“Davanın esasın reddi veya kabulünü içeren bozmaya uyularak tesis olunan kararın önceki bozmayı ortadan kaldıracak şekilde yeniden bozulması üzerine alt mahkemece verilen kararın temyiz incelemesi, her hâlde Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca yapılır.”

6460 sayılı Kanunda bu değişikliğe ilişkin bir geçiş hükmüne yer verilmiştir. “Geçici 4. madde” olarak numaralanmış olan bu hüküm²² “kanun yolu aşaması dâhil, yürürlük tarihinde [30.04.2013] derdest olan davalarda da” uygulanacaktır.

²¹ Resmi Gazete 30.04.2013, sayı 28633.

²² 6460 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle konulan “Geçici Madde 4”ün hangi kanun hükmüne teselsül ettirilerek bu madde numarasını aldığı açık değildir. HUMK'nun, bu geçici maddeye tekaddüm edecek bir “Geçici 3. madde”si yoktur. Kanun koyucu, bu madde numarasını, muhtemelen, HMK'nun geçici 3. maddesini dikkate alarak vermiştir. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

C. Yargılamanın iadesine ilişkin hükümlerin uygulanması

HMK'nın geçici madde 3 (2) hükmüne göre:

“Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü [dikkat ediniz: 444 değil] madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.”

Bu hükmün lafzına bağlı kalındığı takdirde, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasına kadar, temyiz konusunda olduğu gibi, yargılamanın iadesi konusunda da HUMK'un eski hükümlerinin uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Ne var ki, bu hükümde yer alan “427 ilâ 454” ifadesi kanımca bir kalem sürçmesinin sonucu olup, “427 ilâ 444” şeklinde anlaşılmalıdır. Zira 5236 sayılı Kanun'un yargılamanın yenilenmesi ile ilgili öngördüğü herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. Yeni Kanunun yargılamanın iadesi hükümlerinin uygulanmasını geciktirmek için bir sebep ve madde gerekçesinde bu hususta bir açıklama da bulunmamaktadır. Bu sebeple HMK'nın 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesi ile bu Kanun'un yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümlerinin de derhal uygulanacağını (bkz. HMK m. 448) kabul etmenin uygun olacağı kanısındayım²³.

D. Hakem kararlarının iptali hakkında görevli mahkeme

HMK m. 439'da hakem kararının iptali davasının “tahkim yerindeki mahkemede” açılacağı belirtilmiş olup, ilk okunuşun (ve madde gerekçesinde yer alan “ilk derece mahkemesi” ifadesinin) düşündürebileceğinin aksine, burada kastedilen tahkim yeri bakımından yetkili olan bölge adliye mahkemesidir (m. 410).

HMK'nın “Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır” şeklindeki geçici

²³ Bkz. Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016, s. 602; aksi yönde bkz. Arslan / Yılmaz / Taşpınar Ayvaz, s. 674 vd.; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası (Ankara 2013), s. 1585; Şanal Görgün / Mehmet Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku (Ankara 2012), s. 290; Taşpınar Ayvaz, s. 442; Ancak Taşpınar Ayvaz da olması gereken hukuk bakımından HMK'nın yargılamanın iadesi hükümlerinin derhal uygulanmaya başlamasının uygun olacağı görüşündedir (bkz. s. 443).

3. maddesinin 3. fıkrasına göre, HMK’da tahkimle ilgili olarak mahkemelere verilen işlerin, bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar, dava konusuna göre sulh veya asliye mahkemelerinde görülmesi gerekmektedir.

Buna göre, hakem kararlarına karşı iptal davalarının da, bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 15. maddesinde de öngörüldüğü gibi, asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerektiği ileri sürülmüştü. Ancak, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu’nda da değişiklik yapan 6545 sayılı “Torba Kanun”un 45. maddesi ile, HMK kapsamındaki tahkim dava ve işlerinin (ve bu meyanda hakem kararının iptali davasının) uyuşmazlığın konusuna göre asliye ticaret mahkemelerinde görüleceği kabul edilmiştir. 5235 sayılı Kanun’un 6545 sayılı Kanun’la değişik 5. maddesinin üçüncü fıkrasına göre:

“Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemelerde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Konusu parayla ölçülebilen uyuşmazlıklarda dava değeri üç yüz bin Türk lirasının üzerinde olan dava ve işler ile dava değerine bakılmaksızın [...]”

Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununa göre yapılan tahkim yargılamasında; tahkim şartına ilişkin itirazlara, iptal davalarına, hakemlerin seçimi ve reddine yönelik davalar ile yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalara,

ilişkin tüm yargılama safhaları, bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır. [...]”.

Bu açık kanun hükmü karşısında, HMK’ya göre yapılan tahkimdeki hakem kararının iptali davasının, istinaf mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar, asliye ticaret mahkemelerinde açılacağı konusunda tartışmaya yer kalmamıştır²⁴.

²⁴ Bkz. ve karşı. Özbay, s. 807; karşı. Yılmaz, s. 1769. Yılmaz tahkimde iptal davasına bakmakla görevli mahkemenin belirlenmesinde TMK m. 1 hükmünü uygulanabileceği ve asliye ticaret mahkemesinin görevli sayılması gerektiği görüşündedir. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

KAYNAKÇA

Alangoya / H. Yavuz, Yıldırım / M. Kâmil, Yıldırım/ Nevhis Deren, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Bası (İstanbul 2009).

Arslan / Ramazan, Yılmaz / Ejder, Taşpınar Ayvaz/ Sema, Medeni Usul Hukuku, 1. Bası (Ankara 2016).

Ataay/ AYTEKİN, Medeni Hukukun Genel Teorisi, 3. Bası (İstanbul 1980).

Baysal /Başak, Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü, İHFM Cilt 70 (2012), sayı 1, s. 221-244.

Baysal /Başak, Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan (Ankara 2004), s. 475 – 503.

Budak/ Ali Cem, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 8. Bası (Ankara 2015).

Görgün / Şanal, Kodakoğlu/ Mehmet, Medeni Usul Hukuku (Ankara 2012).

Hatemi /Hüseyin, İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku (İstanbul 2004).

Huber /Eugen, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, 1.Cilt, Basel 1886.

Karslı /Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Bası (İstanbul 2012).

Kuru/ Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2016, s. 602.

Muşul /Timuçin, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası (Ankara 2013).

Özbay/ İbrahim, “Yargıtay’ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulanması”, DEÜHFD Cilt 16 (2014) – Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Cilt 1, s. 779 – 811.

Muhammet Özekes, “Özel Hukuk – Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan (Ankara 2010).

Pekcanitez / Hakan, Atalay / Oğuz, Özekes/ Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası (Ankara 2013).

Schoch/ Susanne, Das intertemporale Zivilprozessrecht, Zurich 1959.

Taşpınar Ayvaz/ Sema, Hukuk Muhakemeler Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması (Ankara 2013).

Ulukapı/ Ömer, Medeni Usul Hukuku, 1. Bası (Konya 2014).

Üstündağ/ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası (İstanbul 2000).

von Tuhr /Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Cilt, Berlin 1910.

Yılmaz/ Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası (Ankara 2013).

TÜKETİCİLER, VERGİLER VE HAYALLER

(CONSUMERS, TAXES AND DREAMS)

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK*

*Many people want the government to protect the consumer.
A much more urgent problem is to protect the consumer from the govern-
ment.*

Milton Friedman

ÖZET Vergi mükellefleri aynı zamanda tüketicidirler, tüketiciler de birçok halde vergi mükellefidirler. Bu nedenle tüketicilerin vergi problemleri aynı zamanda vergi mükelleflerinin problemleridir. Bu makalede gerek tüketici hakları gerekse mükellef hakları bakımından vergi sistemimizde mevcut bazı eksikliklerimiz inceleme konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Vergi hukuku, tüketici, tüketici hakları, vergiler, vergi mükellefi, mükellef hakları, hukuk devleti.

ABSTRACT

Taxpayers are also consumers and in many cases consumers are taxpayers also. For this reason, legal problems of consumers on taxation are also the legal problems of the taxpayers. In this essay, legal problems arising out of our taxation system are analysed from the aspect of both the consumers' and the taxpayers' rights.

Keywords: Tax law, consumer, consumer rights, taxes, taxpayer, taxpayers' rights, state of law.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: huzelturk@superonline.com

I. Tespitler

Bazı konuların ifade edilmesi de anlaşılması da zordur. Bu bazen mevzuattan, bazen anlatandan bazen de anlatılıandan kaynaklanır. Bunların doğru ifadesi ise sistemde önemli düzeltilmeler sağlayabilmektedir.

İki örnek verelim: Ülkemizde vergi iadesi kaldırılıp yerine çocuk sayısına dayalı asgari geçim indirimi geldiğinde bir vatandaş şu soruyu sorabilmişti: “Şimdi biz fiş toplamayıp, yerine çocuk mu yapacağız?”. Ülkemizde sıkça çıkarılan vergi afları konusunda ise M.Ö. 427–347 yılları arasında yaşamış olan Platon meşhur Devlet isimli eserinde doğru adamın her işte doğru olmayan karşısında zararlı çıkacağını, her ikisinin malı eşit olsa bile doğru adamın çok diğerinin az vergi vereceğini ifade etmektedir. Bu durumda demek ki aradan geçen 2500 yıla yakın zamanda dürüst mükellef bakımından değişen pek bir şey yoktur. Doğru olanlar yanlış mevzuat sebebiyle kaybetmeye mahkûmdur.

Vergi mükellefleri aynı zamanda tüketicidirler, tüketiciler de birçok halde vergi mükellefidirler. Bu nedenle tüketicilerin vergi problemleri aynı zamanda vergi mükelleflerinin problemleridir. Bu nedenle bu genel vergi problemlerinden bahsetmek gerekir. Bunun yanında tüketicilerin yaptıkları bazı işlemler sebebiyle özel olarak ortaya çıkan vergi problemleri de vardır. Tüketim üzerinden alınan vergiler mevcuttur. Bunlardan da ayrıca bahsedilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede tüketici hakları aynı zamanda mükellef haklarıdır. Bakış açısı da bu pencere olmalıdır.

Konuya tüketicilerin en fazla ödedikleri vergi grubu açısından bakarsak, karşımıza çıkan ayırım dolaylı ve dolaysız vergi ayırımıdır. Doğrudan vergiler genel bir ifade ile mükellefleri belli olan gelir vergisi ve kurumlar vergisi gibi vergilerdir. Dolaylı vergiler ise mükellefi önceden belli olmayan, vergiye konu olan olayla bağlantı kuranların ödedikleri vergilerdir. Bunlara örnek olarak da Katma Değer Vergisi ve Özel Tüketim Vergisi verilebilir. Bunlar aynı zamanda çeşitli ülkelerde tüketim vergisi olarak alınan vergilerden bazılarıdır.

Dolaylı vergiler; tüm tüketicilerin satın aldıkları mal veya hizmetlerin içinde ödedikleri vergiler olup, lehindeki bazı görüşlere rağmen, en adaletsiz vergiler olarak kabul edilirler. Zira vergi adaletinde temel prensip az kazananın az, çok kazananın çok vergi alınmasıdır. Oysa, dolaylı vergileri gelir düzeyi ne olursa olsun tüm tüketiciler aynı miktarda öderler. Aldıkları mal veya hizmetin fiyatı içinde yer aldıklarından vergi kültürü ve

bilinci kavramları bakımından da problem yaratırlar. Bununla birlikte vergilerin toplanma kolaylığı sebebiyle hükümetlerin tercih ettiği vergi grubudur.

Klasik doktrinde dolaylı ve dolaysız vergi dengesinin sağlanması gerekmektedir. Bu ülkelerin gelişmişlik seviyelerini gösteren bir kriterdir. Bu konuda Avrupa Birliği ortalamaları da, sosyal güvenlik katkıları dışında, bu şekildedir¹. Ülkemizde ise uzun yıllardır dolaylı vergiler lehine yaklaşık %30 - %70 oranları mevcuttur. Bu durumun vergi sistemine çok fazla olumsuz yansımaları vardır. Bunlar arasında özellikle kayıtdışı ekonomi ciddi bir sorundur. Ayrıca denetim, gelir dengesizliği, vergi kaçırma, vergi algısı, rekabet gibi birçok farklı sorun da bu kapsamda sayılabilir.

Görüleceği üzere tüketicilerin özel vergi problemleri yanında vergilerin genel bazı problemleri mevcuttur. Bunlar aynı zamanda mükelleflerin problemleri olduğu için mükellef hakları kavramını da tüketicilerin vergi hakları kavramıyla aynı kapsamda incelemek gerekmektedir.

Dünya üzerindeki bazı uygulamalar da bu yöndedir. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde New York eyaletinde tüketicilerin bu yönde bazı hakları mevcut olup vergilerini beyan ederken olabilecek haksızlıklara karşı kendilerine hukuki koruma sağlanmıştır. New York Eyaleti, bu konuda ayrıca, mükellef hakları avukatı ofisi imkânını da sağlamaktadır². Bu konuda 2003 senesinden itibaren Vergi Konseyi çalışmaları sırasında yaptığımız öneriler maalesef halâ hayata geçirilememiştir.

Bu çerçevede gerek tüketici hakları gerekse mükellef hakları bakımından vergi sistemimizde mevcut bazı eksikliklerimiz şu şekilde belirlenebilir:

¹ Biltekin Özdemir, "Vergi Sistemlerinde Dolaysız Vergilerden Dolaylı Vergilere Kayış ya da Tüketim Vergilerinin Artan Ağırlığı", *Maliye Dergisi*, Sayı 157, Temmuz-Aralık 2009, s.22.

² <http://www.tax.ny.gov/tp/cbr/> (Taxpayers who use the services of paid tax preparers are entitled to protection from unfair treatment. While most tax preparers act within the law and treat their clients fairly, there are some that don't. This *Consumer Bill of Rights Regarding Tax Preparers* (available in other languages) describes your rights and contains important information about how to protect yourself from unfair practices.) Bu konuda 2003 senesinden itibaren Vergi Konseyi çalışmaları sırasında yaptığımız öneriler hayata hala geçirilememiştir.

Gelir idaresi sisteminde köklü değişiklikler yapılması gerekmektedir. Günümüzdeki sistem iyiniyetli çalışanlarına rağmen ihtiyaçlara cevap vermemektedir.

Denetim konusunda yıllardır ertelenen adımların atılması lazımdır. Denetim kadroları Türkiye'nin artan ihtiyacına yetmemektedir. Bu nedenle toplumda denetimlerin yeterince yapılmadığı ve vergi kaçakçılığının önlemediği düşüncesi hakimdir. İncelemeler konusunda getirilen yeni sistem içinde barındırdığı hukuka aykırılıklar sebebiyle mutlaka gözden geçirilmelidir.

Kayıtdışılığın önlenmesi konusunda birçok söz verilmesine ve hazırlıklar yapıldığı belirtilmesine rağmen sonuç verici bir çalışma ortaya konulmamıştır. Bugün, örneğin, kayıtdışılığın temel sebeplerinden olan fiş ve fatura alınmaması bütün ağırlığıyla devam etmektedir.

İstihdam üzerindeki malî yükler de kayıtdışı istihdam bakımından çözümlenmesi gereken ama halen çözümlenememiş konulardandır.

İdari düzenlemelerde ve uygulamalardaki hukuk eksikliği bugüne kadar giderilememiştir.

Hukuk eksikliği sonucunda artan ihtilaflar mükellef, yargı ve idare arasında zaman ve emek israfına yol açmakta, adalete zamanında ulaşamayanlar vergi sistemine güvensizlik duymaktadırlar. Son dönemlerde vergi kaçağı oranlarındaki artışlar bu eksiklikten kaynaklanmaktadır. İdarenin yıllardır kaybettiği davalarda bugün hala aynı savunmayı yapması ise anlaşılabilir bir durum değildir. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararları sonrasında oluşturulan yeni düzenlemelerin eskisi ile aynı paralelde düzenlemeler getirmesi hem yargının fonksiyonunu hem de mükelleflerin adalet anlayışlarını rencide etmektedir.

Vergilendirmede Anayasada yer alan temel vergi ilkeleri aşınmış ve yapılan düzenlemeler gerekli araştırma, inceleme, veri toplama eksiklikleri yanında ekonomik sonuçlar bakımından da zayıf kalmıştır. Bugün bazı vergi düzenlemeleri açık bir şekilde hukuka aykırı bulunmaktadır. Bunların acil olarak düzeltilmesi gerekmektedir.

Anayasa m.73/4'de yer alan Bakanlar Kuruluna verilen yetki ile ilgili son paragraf acil bazı durumlar dışında kaldırılmalıdır. Aksi halde yürütme organı da özellikle istisna ve muafiyetler yoluyla T.B.M.M. tarafından yapılması gereken bir görevi sürdürmektedir.

Türk Vergi Sistemi uygulamasında verginin vergisinin alındığı görülmektedir. Buna örnek olarak iletişim ve akaryakıt üzerinden alınan KDV ve ÖTV gösterilebilir. Bu durum mükellef ve tüketici haklarına aykırıdır.

Vergi cezalarında yıllardır hazır olan metinler uygulamaya geçirilememiştir. Cezaların caydırıcı olmaması ve etkili uygulanamaması dürüst olan ve olmayan mükellefler arasındaki farkı ortadan kaldırmış, Mecliste gerekli çoğunluklara uymadan kabul edilen ve adalet duygularını rencide eden af kanunları ve subjektif uzlaşma sonuçları gibi uygulamalar ise vergisini zamanında ve doğru olarak ödeyenleri cezalandırır hale getirmiştir.

Vergi düzenlemelerindeki sürekli yapılan değişiklikler hem zaman hem de güven bakımından sorunlar yaratmış sistem bütünlüğü tamamen kaybolmuştur. Yapılan düzenlemelerin reform adı altında başlayıp sadece torba kanunlar şeklinde anlaşılmaz, düzensiz ve birbirinden kopuk küçük revizyonlara dönüşmesi yanında bağlantılı tali mevzuatın karmaşık, kanunlarla çelişkili, mükellefler tarafından anlaşılmaz bir hale gelmesi durumu ve problemleri daha da içinden çıkılmaz hale getirmektedir. Özellikle uluslararası bağlantı eksiklikleri dikkat çekmektedir.

Verilen muktezalardaki farklılıklar mükelleflerin gözünde konuya vergi idaresince de vakıf olunmadığı veya net bir görüş oluşturulmadığı intibainı uyandırmaktadır. Bu durum İdarenin aleyhine işlemektedir. Ayrıca, bunların vergi ilişkisindeki taraflardan birisi olan ve hukuken mükellefle eşit konumda bulunan İdare'nin görüşleri olması ve vergi hukuku bakımından bağlayıcı kaynaklardan olmaması sebebiyle kanun düzenlemelerinin ön planda tutulması gerekmektedir.

Mükellef bilinci yanında vergi uygulayıcılarının da bilincinin geliştirilmesi gerekir. Bu çerçevede mükellef haklarının anlamı, oluşturulması ve yapılan uygulamaların yeniden değerlendirilmesi yanında bu konuda çağdaş uygulamalar ve ülkemizin bağlı olduğu sözleşme, anlaşma ve kararlar dikkate alınmalıdır. Bugün mükellef haklarının sadece sözde kaldığı inancı mükellefler arasında yaygın bir inanıştır. Bunun için Mükellef Hakları Bildirgesiyle uygulamayı karşılaştırmak bile yeterlidir.

Bütçe disiplininin sağlanması ve bütçe kurallarına uyulması gerekmektedir. Aksi halde vergiler ne kadar artırılırsa artırılın başarı sağlanamaz. Bu konuda özellikle Sayıştay Raporları ile ilgili olarak ülkemizde yaşanan olumsuzluklar ve hukuka aykırılıklar giderilmelidir.

Beyanname yöntemine ağırlık verilmek suretiyle stopaj usulünün azaltılması gerekmektedir. Ancak bu sayede dolaylı-dolaysız vergi denge-sinin kurulması ve adil bir vergilendirmeye geçilmesi mümkündür.

Vergi rakamları konusunda toplumu doğru şekilde bilgilendirerek, vergilerin harcanması konusunda şeffaflık sağlanması gerekmektedir. Bu konuda bazı batılı ülkelerdeki çağdaş uygulama örnekleri bizde de olmalıdır.

Yıllardır çeşitli vergiler üzerindeki ağır yüklere rağmen değişikliklere gidilmemesi mükelleflerin iyi bir vergi sistemi oluşturulabileceği yönündeki zayıf umutlarını tamamen ortadan kaldırmaktadır. Yıllardır ifade edilen bütçe problemleri de yapılan harcamalar kapsamında artık gerçekçiliğini yitirmiştir.

Burada hepsine yer veremediğimiz vergi ile bağlantılı diğer alanlarda da gerekli eksiklikler giderilmelidir. Bugün vergi mevzuatında birbiriy-le çelişen birçok düzenleme varlığı devam ettirmektedir. Tüketici sorunları ayrıca bu çerçevede de değerlendirilmelidir.

II. Bazı Uygulama Problemleri

Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında 14.12.2004 tarihli 2004/8327 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı gereğince 1.1.2005 tarihinden itibaren indirimli MTV uygulaması başlatılmıştır. Uygulama gereğince, otomobil, kaptıkaçtı, arazi taşıtı ve benzeri araçlar bakımından ödenecek olan vergi tutarlarının, aracın o yıla ait kasko sigortası değerinin %5'ini aşması halinde, MTV aynı yaş grubunda bir alt kademedede bulunan taşıtlara isabet eden vergi tutarı olarak uygulanır. Zamanaşımı süresi 5 senedir. Bununla birlikte kasko sigortası bedelinin temin edilmesi sorun yaratmaktadır. Zira, bunun için sigorta acentesine başvurarak kasko değer bildirim formu düzenlenmesi gerekmekte, bu belgenin hazırlanması zaman aldığı için genellikle Ocak taksidi kaçırılmakta, tam değer üzerinden ödenmektedir. Bunun yerine bu tutarların vergi dairelerinde yer alması ve bu uygulamayı talep eden mükellefler bakımından veya otomatik olarak uygulanmalıdır. Keza, internet ödemeleri bakımından da bu ihtimal dahilinde işaretlenecek bir kutucuk getirilebilir.

Kaynak Kullanımı Destekleme Fonu: KKDF olarak bilinen Kaynak Kullanımı Destekleme Fonu Bakanlar Kurulu'nun 88/12944 sayılı kararı ile Merkez Bankası nezdinde kurulmuş olup, hukuki dayanağı 3182 sayılı Bankalar Kanunu'dur. Bu fonun uygulaması, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tebliğleri uyarınca yürütülmüştür. Bu Kanun'un yerini alan 4389 sayılı Kanun'da Bakanlar Kurulu'nun yetkisi devam etmiştir. Daha sonra 2001 senesinde çıkarılan 4684 sayılı Kanun'la Bakanlar Kurulu'na verilen bu yetki kaldırılmış ve düzenleme 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Fakat aynı Kanun'un geçici 3/a maddesi ile KKDF kesintilerinin bu konuda yeni bir düzenleme yapıncaya kadar yürürlükten kaldırılan hükümlere göre tahsil edileceği belirtilmiştir. Bugünkü KKDF uygulaması hukuka aykırı bir şekilde bu madde ve Merkez Bankası'nın 31.12.2001 tarih ve 2001/4 sayılı genelgesine göre yapılmaktadır. Bir başka ifade ile Kanunla yürürlükten kaldırılmış olan bir madde esas alınmaktadır. Bir İdare düşünün. Önce fonun tahsil edilebileceği kanun maddesini kaldırıyor. Sonra geçici madde koyup, kaldırılan maddeye göre tahsilât devam edecektir diyor. Görüldüğü üzere KKDF kesintisi yapılmasını öngören Bakanlar Kurulu kararı ve buna bağlı Merkez Bankası genelgeleri 4684 sayılı kanunun KKDF'nu kaldıran 16/e maddesinin yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihi itibariyle yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. Keza bu konuda Bakanlar Kurulu da 2001 yılında aldığı kararla aynı sonuca ulaşmıştır. Dolayısıyla bu tarihten itibaren getirilen her türlü düzenleme ve yapılan KKDF tahsilâtı hukuka aykırıdır. Bu durumu yansıtmayan yargı kararları da hatalı ve hukuka aykırıdır.

İdare'nin Dava Açacak Mükellefleri Yanıltması: 2007 senesinden bir örnek verelim. Yeni Malî Tatil müessesemiz 5604 sayılı Kanun'la getirilmiş, 28.3.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Buna göre malî tatil bu sene 3 Temmuzda başlayıp 20 Temmuz akşamı son bulacaktır. Gümrük idareleri, il özel idareleri ve belediyeler tarafından tarh ve/veya tahsil edilen vergi, resim ve harçlarla ilgili olarak malî tatil uygulanmayacaktır. Beyana dayanan ve beyanname verme süresi malî tatil nedeniyle uzamış olan vergilerde ödeme süresi (aynı ay içerisinde kalmak kaydıyla), uzayan beyanname verme süresinin son gününden itibaren üçüncü günün mesai saati bitimine kadar uzamış sayılmaktadır. Son günü malî tatile rastlayan bazı süreler, Kanun metninde tatilin son gününü izle-

yen tarihten itibaren yedi gün uzamış sayılmaktadır. Bu sürelerin yanında malî tatil süresince Kanun metninde yer alan bazı işlemler yapılamayacak ve bazı süreler işlemeyecektir. Bunlardan bir tanesi de dava açma süreleridir. 5604 sayılı Kanun'a göre "Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirlenen sürelerde yapılması gereken muhasebe kayıt süreleri, bildirim süreleri ve vergiyle ilgili işlemlere ilişkin dava açma süreleri malî tatil süresince işlemmez. Belirtilen süreler malî tatilin bitiminden itibaren tekrar işlemeye başlar."

Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından hazırlanan "1 Sıra No'lu Mali Tatil Uygulaması Hakkında Genel Tebliğ Taslağı"nda "Dava Açma Süreleri" konusunda açıklamalar yapılarak örnekler verilmiştir. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 61. maddesinde "Bölge idare, idare ve vergi mahkemeleri her yıl ağustosun birinden eylülün beşine kadar çalışmaya ara verirler." hükmü getirilmiştir. Bu kapsamda adli tatil 1 Ağustos-5 Eylül arası uygulanacaktır. Dava açma süresinin mali tatile rastlaması halinde süre, mali tatil süresince işlemeyecektir. Mali tatil nedeniyle uzayan dava açma süresinin son günü adli tatile denk gelirse tatilin bitimini izleyen günden itibaren dava açma süresi yedi gün uzayacaktır. İdare, 18 Haziran 2007 tarihinde mükellefe tebliğ edilen ve malî tatil sebebiyle dava açma süresi olan 30 gün uzatarak adli tatil içerisinde kalan örnek olayda dava açma süresini çalışmaya ara vermenin sona erdiği günü (5 Eylül 2007) izleyen günden itibaren yedi gün uzatarak söz konusu sürenin son gününün 12 Eylül 2007 tarihi olacağını belirtmiştir. İdare'nin bu açıklamasına göre işlem yapan mükellefler açtıkları davaları süre aşımı sebebiyle kaybedeceklerdir. Zira Kanun metninde dava açma süresi 1 Ağustos-5 Eylül arası olarak gösterilmiştir. Bu durum kanun metninde 5 Eylül tarihine kadar ifadesiyle yer almıştır. Kadar ifadesi 5 Eylül'ün adli tatile dahil olmadığını göstermektedir. Dolayısıyla son dava açma tarihi 12 Eylül 2007 değil 11 Eylül 2007 olacaktır. İdare burada sürenin hesaplanmasında yanılmıştır. Mükelleflerin süresinde dava açmaması ise İdare'nin istediği rakamın kabul edilmesi demektir. Bu durumda mükellefler bakımından sadece yargı hakkı kaybedilmemekte, maddi kayıplar da ortaya çıkmaktadır. Geçmiş uygulamalarda bu bir gün sebebiyle dava açma süresini kaçıran ve haklı oldukları davaları kaybeden, maddi açıdan çok ciddi kayıplara uğrayarak zorda kalan çok sayıda mükellef ve verilmiş karar bulunmaktadır.

Vergilerde Uzlaşma: Anayasamızın 73. maddesine göre vergi kanunla konur, değiştirilir ve kaldırılır. Bu kurala bugün başta İdare olmak üzere uymasa da bu böyledir. En azından vergilerde çağdaş medeniyet seviyesini yakalamış ülkeler için. Şeklen kanun metni olan bazı düzenlemeler içerik yönünden gerekli hukuki şartları taşımadıkları için bir kanun metni olarak kabul edilmezler. Vergide belirlilik ilkesi kanun metninde olması gerekenleri belirleyen bir ilkedir. Aksi halde yapılan düzenleme veya oluşturulan metin bir kanun metni olamayacaktır. Uzlaşma müessesesi de bu şekildedir. Uzlaşmanın sadece kanunla düzenlenmiş olması yeterli değildir. Kanun metninde uzlaşma ile ilgili temel düzenlemeler de yer almalıdır. Burada örnek olarak uygulamada en çok problem yaratan husus olan vergi ve cezaların tamamının veya büyük bir kısmının ortadan kaldırılmasında görüldüğü gibi İdarenin herhangi bir şekilde kararlarında sınırlandırılmasıyla ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu tür bir düzenleme olmadığında İdare kararlarında keyfi davranışlar ortaya çıkmakta, herkesin ödediği vergi farklı olduğundan vergi adaleti de sağlanamamaktadır. Bunun da ötesinde yapılan uygulama ve mevcut düzenleme Anayasamızın 73. maddesindeki düzenlemeye aykırı olmaktadır. Uzlaşma konusunda İdare'nin kullandığı bu sınırsız yetki aslında kanun yoluyla kullanılması gereken bir yetkidir. Bu durumda Anayasa m.7. maddesi kapsamında hukuka aykırı olan yasa-yetkisinin devri söz konusu olmaktadır. Yetki devri konusu doktrinde tartışılmış ve çeşitli Anayasa Mahkemesi kararlarında da aşağıdaki gibi yer almıştır³:

Kanun koyucu esaslı hükümleri saptadıktan sonra hükümete yetki verebilir (K.1985/7)

Kanun koyucu hükümete yetki verirken bunun sınırlarını ve çerçevesini de kanunla belirtmelidir (K.1965/12 ve K.1965/57)

Kanunun emrine dayanarak, yürüme organınca alınacak önlemler, objektif nitelik taşımalı, keyfi uygulamalara sebep olacak çok geniş takdir yetkisi vermemelidir (K.1966/6 ve K.1985/7)

Kanunun Anayasadaki yetkinin devredilmezliği ilkesine aykırılığı, belirli konularda temel kuralları ve ilkeleri koymaması, çerçeveyi çizmemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı idarenin düzenlemesine bırakmasıdır (K.1988/8).

³ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, İstanbul-2004, s. 17 vd.

Tahsilât: Maliye Bakanlığı tarafından 2007 senesinde 130.000 esnafın hesaplarının bloke edilmesini ardından oluşan tepkiler yapılan uygulamanın hatalı olduğu yolundaydı. Daha sonra bu uygulamalara son verilmesi için İdare tarafından bankalara yazı yazıldı. Bu kapsamda, daha önce bankadaki bütün para bloke edilebilmekteyken, son durumda haciz konan gün hesapta ne varsa o kadarının icraya konulabileceği, daha sonra gelen paralara ise haciz uygulanmayacağı ifade edildi. Bugün hala bu problem sebebiyle açılan davalar devam etmektedir. Konya Vergi Dairesi Başkanı, 13 Kasım 2007 tarihli Dünya Gazetesi'nde "toplular haciz uygulaması bir yönüyle Gelir İdaresi Başkanlığı'nın istihbarat ve teknolojik altyapısının eriştiği seviyeyi gösterdi." diyerek, uygulamadaki sorunların bankaların 6183 sayılı Kanun uygulaması konusundaki bilgi eksikliklerinden kaynaklandığını belirtmektedir. Bankalar böyle mi düşünüyor bilinmez ama konu aynı zamanda İdare'nin bir türlü ulaşamadığı hukuk seviyesini de açıkça göstermektedir.

G.V.K.'nun geçici 55. maddesi kapsamında bir mükellef hakkı hikâyesi: Gelir Vergisi Kanunu'nun geçici 55. maddesine göre, 1.1.1999–31.12.2005 tarihleri arasında elde edilen ve tevkif suretiyle vergilendirilmiş bulunan Gelir Vergisi Kanununun 75. maddesinin 7, 12 ve 14 numaralı bentlerinde yazılı menkul sermaye iratları, menkul kıymetler yatırım fonları katılma belgelerine ödenen kâr payları veya bu fonların katılma belgelerinin İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında alım satımından elde edilen kazançlar ile Türkiye'de Kurulu vadeli işlem ve opsiyon borsalarında yapılan işlemler sonucunda elde edilen kazançlar için yıllık beyanname verilmez. Diğer gelirler nedeniyle beyanname verilmesi halinde de bu gelirler beyannameye dahil edilmez. Ticari işletmeye dahil olan bu gelirler, bu maddenin kapsamı dışındadır. Aynı Kanun'un 75. maddesinin 7. bendi düzenlemesine göre mevduat faizleri (Bankalara, bankalara, tasarruf sandıklarına, tevdiat kabul eden diğer müesseselere yatırılan vadeli, vadesiz paralara ödenen faizler, bunlar dışında kalan kişi ve kuruluşlardan devamlı olarak para toplama işi ile uğraşanların her ne şekilde ve ad altında olursa olsun toplanan paralara sağladıkları gelirler ve menfaatler ile bankalar ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa göre kurulan aracı kurumlar arasındaki borsa para piyasasında değerlendirilen paralara ödenen faizler de mevduat faizi sayılır.) menkul sermaye iradı sayılmaktadır. Bu düzenleme-

ler çerçevesinde vergi mükellefi ile ilgili girişimlere başlayan İdare önce zamanaşımına engel olmak amacıyla çok uygulanan bir yöntem olan takdir komisyonuna sevk kararı almış ve kendisi hakkında 1999 senesinde elde ettiği mevduat faizi geliri için beyanname vermediği gerekçesiyle vergi matrahını re'sen tarhiyat çerçevesinde takdir etmiştir. Komisyon matrahı takdir ederken kendi ifadesine göre, “...**adı geçen mükellefin dosyasının tetkiki ve yapılan araştırmalar neticesinde...**” karar vermiştir. Mükellef bunun üzerine 1999 senesi mevduat faizleri için belirlenen sınırlar dahilinde beyanname vermenin gerekmediğini, bu hususun G.V.K.’nun geçici 55. maddesinde açık olarak yer aldığını, bu durumun Vergi Usul Kanunu m.116 çerçevesinde bir vergi hatası olduğunu belirterek durumun düzeltilmesini talep etmiştir. İdare cevabında, mükellefin 1999 senesi menkul sermaye iradı geliri için beyanname vermemesi sebebiyle takdir komisyonuna sevk edildiğini ve takdir edilen matrah üzerinden gerekli tarh işlemlerinin yapıldığını belirterek, “...**dilekçeniz ile talep etmiş olduğunuz hususlarla ilgili olarak dairemizce yapılacak bir işlem bulunmamaktadır...**” cevabını vermiştir. Bunun üzerine mükellef sözkonusu işleme karşı dava açmaya karar vermiş fakat dava açmadan hemen önce tekrar vergi dairesine giderek yapılan işlemde açık bir hata bulunduğunu, dava yoluna gitmeyi düşündüğünü fakat bu kadar açık bir konuda dava açmanın kendisine makul gelmediğini belirterek durumun bir kere daha gözden geçirilmesi istemiştir. İdare mükellefe şifahen isterse dava yoluna gidebileceğini belirtmiştir. Görüldüğü üzere İdare tarafından mükellefe makul, açık bir izahat verilmemiştir. Yapılacak bir işlem yoktur ifadesi mükellef bakımından yeterli bir cevap değildir. İdare bırakın cevap vermeyi, konuyu izah etmeyi bir de mükellefi dava açmaya teşvik etmiştir. Konu yargıya gidecek, kendisinden çıkacaktır. Bu cevabı veren İdarenin kendileri tarafından hazırlana mükellef hakları bildirgesinde mükelleflere şu sözler verilmiştir:

Açık, güvenilir, zamanında ve yeterli bilgi ile hizmet vereceğiz.

Vergi ile ilgili yükümlülüklerinizin yerine getirilmesinde sizlere her türlü kolaylığı sağlayacağız.

Yaptığımız işlemlerde ve gerçekleştirdiğimiz düzenlemelerde vergi kanunlarının adil, hukuksal, tarafsız ve rekabeti koruyucu bir şekilde uygulanmasını esas alacağız.

Vergi cennetleri: Ülkemizde de vergi planlamalarında dikkate alınacak hususlardan birisi de vergi cennetleridir. Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 30(7). maddesine göre, "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 yerleşik olan veya faaliyette bulunan kurumlara (tam mükellef kurumların bu nitelikteki ülkelerde bulunan iş yerleri dahil) nakden veya hesaben yapılan veya tahakkuk ettirilen her türlü ödemeler üzerinden, bu ödemelerin verginin konusuna girip girmediğine veya ödeme yapılan kurumun mükellef olup olmadığına bakılmaksızın % 30 oranında vergi kesintisi yapılır. "Bu maddede geçen ülkeler Bakanlar Kurulunca ilan edildi mi? Hayır. Kanun 2006'da çıktı, neredeyse 2015'e giriyoruz. Hala bekliyoruz.

Hukuka aykırı alınan vergilerde mükellefin korunması: Hukuk devletinde vergilerin de hukuka uygun olması gerekir. Anayasamızın 73. maddesinde belirtilen ilkeler çerçevesinde oluşturulmayan bir vergi sisteminin hukuka uygun olduğundan bahsetmek de mümkün değildir. Verginin iki tarafı olan devletle mükellefin de bir hukuk devletinde oluşan hukuka aykırı işlemlerde uğradıkları kayıplar bakımından dengenin sağlanması gerekmektedir. Vergiler alanında devletin kayıpları söz konusu olduğunda mükellefin gecikme faizi ödemesi ile bu denge kurulmak istenmesine karşılık, devlet tarafından mükelleften hukuka aykırı olarak alınan vergiler bakımından bu dengenin mevzuat yönünden kurulmamış olduğu görülmektedir. Bu nedenle vergilerini geciktiren mükellef bakımından müeyyide söz konusu iken hukuka aykırı alınan vergilerin yargı kararı sonrası ödenmesinde bu denge mükellef aleyhine bozulmaktadır. Bu durum adalet duygusunu rencide ettiği gibi, bu haksızlık vergi kaçırma konusunda mükellefin de gerekçesi olabilmektedir. Devletin hukuka aykırı olarak aldığı bu vergilerin iadesi sırasında mükellefe bu işlemde dolayı uğradığı zararın devlet tarafından ödenmesi gerekmektedir. Bu konuda mevzuat eksiklikleri yargı kararlarıyla giderilmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin 1998/79 sayılı kararına göre, idarenin hukuka aykırı davranışları karşısında uğranılan zararlar hukuk devleti ilkesi kapsamında tazminat yoluyla giderilmelidir. Bu kapsamda Danıştay 7. Dairesi'nin 2005/239 sayılı kararı yanında,

7. ve 9. Dairelerinin müşterek kurulunda verilen 2005/968 sayılı kararda şu hususlara değinilmektedir⁴:

Ekonomilerde paranın sahibi dışındaki kişi ve kuruluşlarca kullanılması sahibinin bu ekonomik değerden mahrum kalması sonucunu yaratır.

Hukuk sistemlerinde paranın sahibinden başkası tarafından kullanılmasının neden olduğu bu zarar, faiz adı altında yapılan ek ödemelerle karşılanmaktadır.

Bu durumda faiz, paranın sahibinden başkası tarafından kullanılmasının sahibine vermiş olduğu zararın karşılığı yani tazminattır.

Hukuk devletlerinde, açıklanan nitelikteki zararın faiz ya da başka bir ad altında ödenecek tazminatla karşılanabilmesi için açık yasa hükmü aranması düşünülemez.

Hizmet kusuru oluşturacak hukuka aykırı vergilendirme işlemlerinden vergi mükellefleri için doğan zararların, işlemi yapan vergi idaresi tarafından karşılanması açıklanan anayasal kuralın ve hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

Çok açık bir biçimde ortaya konan bu görüş daha önceden verilen Danıştay kararlarındaki yasal dayanak gerektiği yönündeki kararlar da dikkate alındığında özellikle mükellefler bakımından doğru açılımlar getirmiştir. Danıştay 4. Dairesi tarafından verilen 2005/2261 sayılı karar da bu yöndedir.

Vergi Usul Kanunu'nun 112. maddesinin son fıkrasında yer alan hüküm devlet ve mükellef arasındaki hukuki dengenin kurulamadığını ve mükellef aleyhinde olduğunu açıkça göstermektedir. Burada yer alan üç aylık ödeme yapılmaması ile ilgili düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin K.2011/37 sayılı iptal kararı sonrasında 31.5.2012 tarih ve 6322 sayılı Kanun'la yeniden düzenlenmesine rağmen hukuka aykırılık giderilmemiştir. Ayrıca İdare tarafından tecil faizi ödenmesi hukuka aykırılığı bir kat daha arttırmaktadır. Üstelik İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarına rağmen bu durum devam etmektedir. Maddede yer alan şartların gerçekleşmesindeki adaletsizlikler bir yana oranlar bakımından da eşit değildir. Mükellef devlete hangi şartlarda ve oranlarda ödüyorsa devlet de mükellefe onu ödemelidir. Bu nedenle madde anayasaya ve hukuka aykırıdır.

⁴ Turgut Candan, *Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma*, Ankara-2006.

Kaçak: Ülkemizde o kadar çok kaçak var ki: su kaçak, elektrik kaçak, akaryakıt kaçak, işçi kaçak, vergi kaçak, köprüden geçişler kaçak, binalar kaçak, gümrüklerden geçen bazı mallar kaçak. Maliye Bakanlığı'nın kendi incelemesinin sonucudur: İncelenen sektör 17 ve "Vergi kaçırmayan sektör yok". Bu kaçakların bir kısmı af kanunlarıyla ortadan kaldırılıyor. Örnek, köprü geçişleri ve vergiler. Çözüm nasıl olmalı sorusu bakımından devletin elektrik kaçağı için bir çözüm getirdiğini görüyoruz. Kayıp-Kaçak elektrik bedeli. Dürüst tüketiciler ödüyor. Kaçakçılar ödemiyor. Devletin çözümü bu. Elektriğin iletimi aşamasındaki kayıplar da buna dahil. Yani kurumların hataları da tüketicinin üzerinde. Biliyorsunuz son dönemde tüketiciler lehine kararlar çıkıyor ve tüketiciler bu bedelleri geri alabiliyor. Yakında bir kanun çıkarılıp da bu bedeller yeniden istenirse hiç şaşırılmak gerekir. Zira uygulamaya bakınca beklenen bu oluyor. Komedi burada bitmiyor. Bir de dünyada benzeri olmayan bir uygulamanın olduğu TRT payı var. Üstelik TRT üstüne üstlük kayıp-kaçak bedeli üstünden kendi payının verilmesi için Danıştay'a gidip davayı da kazanıyor. Bunun anlamı TRT hukuka aykırılıktan da pay istiyor. Tüketici hakkı nerede sorusunun cevabı maalesef yok.

Özel Mükellefler: Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nda yer alan 4 numaralı liste okunduğunda aslında özel tüketim vergisinin genel tüketim vergisi olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca ÖTV matrahı da KDV matrahına dahil edildiğinden verginin de vergisini ödenmektedir. Dolaylı vergiler alanında en fazla ihlal edilen tüketici hakları buradan kaynaklanmaktadır. Bu listenin de birkaç madde dışında tamamen kaldırılması gerekmektedir.

SMS yoluyla vergilendirme: SMS iletişim alanında çok kullanılan uygulamalardan bir tanesidir. Her ne kadar teknoloji geliştikçe daha yeni uygulamalar çıksa da yaygın bir kullanım alanı vardır. Kişiler gönderdikleri, vergilerle ilgili mesajlar da dahil olmak üzere, mesajlar vasıtasıyla veya verdikleri siparişler yoluyla katma değer vergisi, özel iletişim vergisi, diğer vergiler, harçlar ve fonları ödemeye devam etmektedirler. Dolayısıyla vergi ödemek isteyenler ne kadar vergi ödeyeceklerini ancak yeni vergiler ödeyerek öğrenebilmektedirler.

10 Numara: 10 numara olarak bilinen yakıt temel olarak yağ ve solvent karışımından ve diğer karışımlardan oluşmakta ve fiyat bakımından tüketicilere önemli bir avantaj sağlamaktaydı. Fakat 10 numara'nın uygulamada yol açtığı birçok sorun nedeniyle sadece araçlara değil insanlara da önemli zararlar verdiği görüldü. Örneğin Ankara'dan sonra 9 kişinin öldüğü 33 kişinin yaralandığı Giresun Görele'deki trafik kazasında bilirkişi araçta motorin yerine 10 numara yağ ve solvent karışımı olduğu sonucuna varmıştı. Çevre kirliliği bakımından da çok büyük zararları olan bu yakıt genellikle otobüs ve traktörlerde kullanılmaktadır. Bu konuda ülkemizde çok sayıda olumsuz örnek mevcuttur.

Yıllardır dünyanın en pahalı benzinini kullanan Türkiye, aynı zamanda devlet vergi gelirlerine de çok büyük katkı sağlamaktadır. Bu problemin şimdiye kadar çözümlenmemesi bir yana 10 numara kullanımı ve bahsettiğimiz bağlantılı problemler de, yıllardır sürmesine ve can kayıplarına rağmen, bugüne kadar çözümlenememiştir. Bu durum karşısında kendisini bir şeyler yapmak zorunda hisseden Maliye Bakanlığı çözümünü açıkladı. Özel Tüketim Vergisi ilgili dönem itibarıyla 30 kuruştan 1,0560 TL'na çıkarıldı. Haksız rekabet, çevre kirliliği, can ve mal kaybı, vergi kaybı. Hükümetin çözümü ise ÖTV artışı. Hükümetin akaryakıt üzerinden elde ettiği vergi geliri çok yüksek olduğundan soruna bu açıdan yaklaşması aslında hiç de sürpriz olmadı.

Türkiye Akaryakıt Bayileri İşverenler Sendikası Başkanı sayın F.T. Zülfikar'ın değerlendirmesi bulunan çözümdeki garabeti ortaya koymaktadır: "Sanayici olduklarını iddia eden bazı kişiler, belli bir teminat yatırarak, bu yağı vergi ödemedi alıyor. Daha sonra bunu 10 numara yağı kullanıp, sanayide kullandığını gösterip depolara satış yapıyor. Vergi artışı olsa da tecil-terkin sistemi devam ettiği için bu soruna çözüm olmayacaktır. Karar, sektör dinlenmeden alınmıştır. Korkarım ki sadece kaçakçıların kalitesini artıracaktır."

Konu çok boyutludur. Birçok hususun gözden geçirilmesi gerekmektedir. Bunlar akaryakıt fiyatlarının çok yüksek olması, ağır vergi yükleri, bu yakıtın hemen her yerde satıldığının bilinmesine rağmen denetiminin yeterli olarak yapılmaması, ciddi yaptırımların uygulanamaması gibi. Bunca yıldır bu sorun bilinmesine rağmen hala etkisiz hamlelerle toplumu oyalamak, asıl sorunları görmezden gelmek, her an can kaybına, çevre facialarına yol açacak önlemleri almamak, vergi kayıplarına sebebiyet vermek,

taşımacılık alanında rekabetin bozulması karşısında önlem almamak, 2010 Ocak ayından beri kaçak akaryakıt raporuna rağmen yaklaşık iki senedir beklemek anlaşılması kolay olmayan hususlardır. Umarız yetkililer toplumda herkesin beklediği makul ve etkili önlemleri uygulamaya koyabilecek çalışmaları düşünüyorlardır.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nda yer alan sorumluluk çok ağır bir sorumluluktur. Bu maddeye göre, "Mükellefin Türkiye içinde ikametgâhının, işyerinin, kanunî merkezi ve iş merkezinin bulunmaması hallerinde ve gerekli görülen diğer hallerde Maliye Bakanlığı, vergi alacağına emniyet altına alınması amacıyla, vergiye tabi işlemlere taraf olanları verginin ödenmesinden sorumlu tutabilir.". Bu hukuken kabul edilemeyecek derecede geniştir.

Hukuk Devletinde Vergiler: Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'da yer aldığı üzere bir hukuk devletidir. Hukuk devletinde vergilerin de hukuka uygun olması gerekir. Anayasamızın 73. maddesinde belirtilen ilkeler çerçevesinde oluşturulmayan bir vergi sisteminin hukuka uygun olduğundan bahsetmek de mümkün değildir. Bunu uygulamadaki bazı problemleri hususlar bakımından değerlendirmek mümkündür. Bugüne kadar değinmiş olduğumuz genel ilkeler dışında örneğin, verginin iki tarafı olan devletle mükellefin de bir hukuk devletinde oluşan hukuka aykırı işlemlerde uğradıkları kayıplar bakımından dengenin sağlanması gerekmektedir. Vergiler alanında devletin kayıpları söz konusu olduğunda mükellefin gecikme faizi ödemesi ile bu denge kurulmak istenmesine karşılık, devlet tarafından mükelleften hukuka aykırı olarak alınan vergiler bakımından bu dengenin mevzuat yönünden kurulmamış olduğu görülmektedir.

Vergilerini geciktiren mükellef bakımından müeyyide söz konusu iken hukuka aykırı alınan vergilerin yargı kararı sonrası ödenmesinde bu denge mükellef aleyhine bozulmaktadır. Bu durum adalet duygusunu rencide ettiği gibi, bu haksızlık vergi kaçırma konusunda mükellefin de gerekçesi olabilmektedir. Devletin hukuka aykırı olarak aldığı bu vergilerin iadesi sırasında mükellefe bu işlemde dolayı uğradığı zararın devlet tarafından ödenmesi gerekmektedir. Bu konuda mevzuat eksiklikleri yargı kararlarıyla giderilmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin 1998/79 sayılı kararı-

na göre, idarenin hukuka aykırı davranışları karşısında uğranılan zararlar hukuk devleti ilkesi kapsamında tazminat yoluyla giderilmelidir.

Bu kapsamda Danıştay 7. Dairesi'nin 2005/239 sayılı kararı yanında, 7. ve 9. Dairelerinin müşterek kurulunda verilen 2005/968 sayılı kararında, ekonomilerde paranın sahibi dışındaki kişi ve kuruluşlarca kullanılmasının sahibinin bu ekonomik değerden mahrum kalması sonucunu yarattığı, hukuk sistemlerinde paranın sahibinden başkası tarafından kullanılmasının neden olduğu bu zararın, faiz adı altında yapılan ek ödemelerle karşılanmakta olduğu, bu durumda faizin, paranın sahibinden başkası tarafından kullanılmasının sahibine vermiş olduğu zararın karşılığı yani tazminat olduğu, hukuk devletlerinde, açıklanan nitelikteki zararın faiz ya da başka bir ad altında ödenecek tazminatla karşılanabilmesi için açık yasa hükmü aranmasının düşünülemeyeceği belirtilmektedir. Bu durumda, hizmet kusuru oluşturacak hukuka aykırı vergilendirme işlemlerinden vergi mükellefleri için doğan zararların, işlemi yapan vergi idaresi tarafından karşılanması açıklanan anayasal kuralın ve hukuk devleti ilkesinin gereği olmaktadır. Çok açık bir biçimde ortaya konan bu görüş daha önceden verilen Danıştay kararlarındaki yasal dayanak gerektiği yönündeki kararlar da dikkate alındığında özellikle mükellefler bakımından doğru açılımlar getirmiştir.

Bir hukuk devletinde mükelleflerin ödevleri yanında hakları da bulunmaktadır. Bu haklar İdare tarafından da gözetilip korunmalı, mükellefler haberdar edilmelidir. Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından bu konuda yapılan açıklamalarda da bu husus vurgulanmaktadır. Örneğin, İdare mükellef ilişkilerinde saygılı ve dürüst olma, aklın rehber edinilmesi, adalet, tarafsızlık ve hukukun üstünlüğü prensiplerinin ilke edinilmesi, vergilerin kanunlarla konulması gerektiği, kanunları uygulayacak birimlerin yeterli ve nitelikli olması bunlar arasındadır.

Bu kapsamda belirtilmesi gereken bir başka nokta yapılacak inceleme ve aramalarda sadece ülkemizin mevcut Anayasa, kanun ve diğer mevzuat hükümlerinin değil uluslararası nitelikte belgelerin de geçerli olduğudur. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu, imzalayarak kabul ettiği ve böylece sonuçlarına uymayı taahhüt ettiği sözleşmeler de konumuz bakımından bağlayıcıdır. Bunların başında da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) gelmektedir. Burada yer alan hükümler ve özellikle adil yargılanma hakkı kapsamında mükelleflerin de sahip olduğu bazı haklar ince-

leme ve aramalarda da geçerlidir. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararları da ülkemiz bakımından bağlayıcıdır. Bu nedenle özellikle konumuz bakımından inceleme ve arama söz konusu olduğunda bu hususların da idare, mükellef ve yargı tarafından dikkate alınması ve uygulanması gerekmektedir.

İnceleme ve arama sırasında bazı inceleme elemanlarınca hukuken gerekli hususlara riayet edilmemesi daha sonra dava açıp, davası kabul edilebilecek durumdaki mükellefler bakımından mükellef lehine durumlar yaratmaktadır. Keza mükellefler de bu uygulama ve kurallar ile mükellef haklarının bizde uygulanmayan boyutlarını da görebileceklerdir. Bu nedenle uluslararası mevzuat konusunda da gerekli hassasiyetin gösterilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede verilebilecek bir başka örnek Anayasa'nın 40. maddesinde yer alır. Bu hükme göre, "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*" Örneğin devlet mükelleflere ödeme emri gönderiyorsa bu belgede yargı yoluna başvurmak isteyenlerin hangi sürelerde, hangi mercilere başvuracağını da belirtmek zorundadır. Burada yapılan işlemler karşısında kişilerin hukuken korunması amaçlanmıştır. Uzun zamandır gümrük idareleri tarafından mükelleflere gönderilen belgelerde hangi sürelerde hangi mercilere başvurulacağı konusunda yanıltıcı bilgiler gönderilmektedir. Bu bilgiler sürelerin hesaplanmasında mağduriyetlere yol açmaktadır. İdarenin kendisine yol göstermesi karşısında memnun olan mükellefler kendilerine bildirilen sürelerin aslında yanıltıcı olması sebebiyle yargı yoluna başvurduklarında davaları süre sebebiyle kaybetmekte, bu sürelerin idarece bildirildiği iddialarının dikkate alınmaması karşısında şaşkınlığa uğramakta, idarenin talimatlarına uymuş olmanın karşılığını hiç ödememesi gereken vergileri ödemek suretiyle almaktadır. Bu duruma isyan ederek konuyu araştırdıklarında İdare'nin kendilerini yanılttığını anlamakta, mükellef hakları bir yana yargıdaki farklı kararlar ve adaletin sağlanması için yıllarca uğraşmaları sebebiyle Anayasa'nın bile kendilerini koruyamadığını görmekteyizler. Süre yönünden davaları reddedildiği için haksız olan vergilere karşı esas yönünden yapacakları itirazları da yapamamakta, hiç olmaması gereken vergileri ve cezaları faizleriyle ödemek zorunda kalmaktadırlar.

İdare tarafından yanıtılan mükelleflerin hukuken başvuracakları yollar konusunda da problemler vardır. Özellikle ilk derece mahkemelerinde bu konuda genellikle sonuç alamayan mükellefler üst makam olarak da özellikle Danıştay nezdinde mağduriyetlerinin dikkate alınmasını beklemektedirler. Bununla birlikte Danıştay kararlarında farklılıklar bulunmaktadır. Bazı kararlarda hukuk devleti ilkesi kapsamında Anayasa'nın 40. maddesi hükmündeki duruma aykırı davranıldığında bunun bir müeyyidesinin metinde olmadığı bu nedenle hem aynı maddede yer alan tazmin hükmü, hem de 125. maddede yer alan “*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*” düzenlemesi karşısında İdarenin mükellefleri yanıtması sonucunda oluşan mağduriyetlerin tazminat talebiyle giderilmesi görüşü ağırlık kazanmaktadır. Diğer bazı kararlarda ise yine hukuk devleti ilkesi esas alınarak bu durumda bulunan mükelleflerin süre yönünden mağdur olmaları önlenmektedir. Bu durumda sadece 40. madde değil 36. madde de değerlendirilmek suretiyle durumun adil yargılanma boyutuna da değinilmektedir. Bu durumda mükellefler de farklı kararlarla karşı karşıya kalmaktadır. Bir grup mükellef uzun ve zahmetli bir süreç sonunda tazminat alabilme uğraşına girerken diğer bazı mükellefler bu yola gitmeden daha çabuk bir biçimde adaletli bir sonuca ulaşabilmekte ve diğer gruba oranla avantajlı bir konumda olmaktadır. Bu iki durum arasındaki farklılığın da uluslararası düzenlemeler ışığında giderilmesi bir hukuk devleti bakımından zaruri bulunmaktadır. Bir hukuk devletinde İdare yapılması gerekeni yapmazsa, mükellef haklarına uymazsa yargı bunu yapmalı ve kararlarında bu yönde birlik ve süreklilik sağlamalıdır.

Bu kapsamda hukuken bir bağlayıcılığı olmasa da bizde de bir mükellef hakları bildirgesi var. Burada İdare mükellefler şunları söylüyor:

Açık, güvenilir, zamanında ve yeterli bilgi ile hizmet vereceğiz.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu çerçevesinde öğrenmek istediğiniz her bilgi için doğru insanlarla temasa geçmeniz konusunda sizleri yönlendireceğiz.

Vergi konusundaki gelişmeleri sürekli güncellenen internet sayfamızla ve basılı yayınlarla sizlere en kısa zamanda duyuracağız.

Ücretsiz e-posta sistemimize kaydolmanız durumunda vergisel gelişmeleri kaynağından ve anında öğrenmiş olacaksınız.

Şahsi ve gizli bilgilerinize saygılıyız. Bu bilgileri Vergi Usul Kanunu'nun öngördüğü haller dışında açıklamayacağız ve kullanmayacağız.

Vergi ile ilgili yükümlülüklerinizin yerine getirilmesinde sizlere her türlü kolaylığı sağlayacağız.

Yaptığımız işlemlerde ve gerçekleştirdiğimiz düzenlemelerde vergi kanunlarının adil, hukuksal, tarafsız ve rekabeti koruyucu bir şekilde uygulanmasını esas alacağız.

Vergi incelemelerinde kanunları doğru, tarafsız ve tutarlı bir şekilde uygulayacağız. İncelemenin her aşamasında sizi bilgilendireceğiz.

Şikâyetlerinizi gerçek kimlik ve iletişim bilgilerinizle iletmeniz halinde, en kısa sürede sonuç ile beraber size döneceğiz.

Sürekli olarak kendimizi yenileyecek, daha iyi hizmet sunmanın arayışı içinde olacağız.

Bir de yurtdışından örnek verelim. Avustralya mükellef hakları konusunda yapacaklarını şöyle anlatmış:

Size adil ve mantıklı davranmak

Size, başka türlü hareket etmediğiniz sürece, vergi işlerinizde dürüst olduğunuz öngörüsüyle davranmak.

Vergi yükümlülüklerinizi anlamak ve yerine getirmenize yardımcı olmak için size profesyonel hizmet ve yardım sunmak.

İstedığınız bir kişi tarafından temsil edilebileceğinizi ve vergi işlerinizle ilgili olarak tavsiye alabileceğinizi kabul etmek.

Gizliliğinize saygı göstermek.

Sizin hakkınızda bizdeki bilgileri yasaya uygun olarak saklı tutmak.

Bizde bulunan sizinle ilgili bilgilere yasaya uygun olarak erişiminizi sağlamak.

Size, güvенеbileceğiniz tavsiye ve bilgi sağlamak.

Vergi işlerinizle ilgili olarak verdiğimiz kararları size anlatmak.

Yeniden gözden geçirmeyi talep etme hakkınıza saygı duymak.

Şikâyet etme hakkınıza saygı duymak.

Vergi sistemini, kurallara uymak için yapacağımız masrafları en aza indirecek şekilde yürütmek.

Yaptığımız şeylerin sorumluluğunu taşımak.

Mesele uygulamaya gelince mevcut farklılıklar çok büyük bir hızla artmakta, sistemler arasında uçurumlar oluşmaktadır. Örnekler o kadar fazladır ki hepsini yazmak bu sayfalara sığmayacaktır.

III. Sonuç

Mükellef hakları gibi tüketici haklarının da daha alacak çok yolu vardır. Tıpkı hukuk devleti alanında olduğu gibi.

İnsan alemde hayal ettiği müddetçe yaşar.

Yahya Kemal Beyath

HUKUKUMUZDA HAKSIZ ŞARTLAR VE SONUÇLARI

(UNFAIR CONTRACT TERMS IN TURKISH LAW AND THEIR LEGAL CONSEQUENCES)

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL*

ÖZET

Bu makalede öncelikle tüketicilerin bir şekilde akdetmek zorunda kaldıkları sözleşmelerde yer alan haksız şartların neler olduğu ve bu şartların nasıl bertaraf edilmesi gerektiği yönünde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulan hususlara açıklık getirilmesi hedeflenmektedir. Bununla birlikte, tüketicinin korunması amacıyla sözleşmede yer alan haksız şartların TKHK kapsamında incelenmesinin yanı sıra, 2012 yılında mevzuatımızda önemli değişiklikler ve yenilikler getiren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bahsi geçen genel işlem koşullarının da incelenmesi amaçlanmaktadır. Hem TKHK hem TBK hükümlerinin bir arada değerlendirilerek, tüketicilerin hangi şartlar altında korunmasının daha uygun olacağı uygulamada ve somut olaylar bazında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, tüketicinin korunması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu, genel işlem koşulları, haksız şartlar.

ABSTRACT

This article aims first to shed light on unfair contract terms, which consumers are bound to enter into for one reason or another; and then, to clarify the provisions set forth under the Turkish Act on Consumer Protection with a view on how to set unfair contract terms aside. In addition to examining the unfair contract terms pursuant to the ACP from a consumer

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, **e-mail:** sakipek@hotmail.com

protection point of view, the article further studies general contract terms as regulated under the Turkish Code of Obligations, which introduced several important amendments and novelties to our legislation in 2012. The provisions of both the ACP and TCO shall be evaluated collectively to present the most favorable conditions for consumer protection on the basis of practice and specific cases.

Keywords: *Consumer, protection of consumers, Turkish Act on Consumer Protection, Turkish Code of Obligations, general contract terms, unfair contract terms.*

I. GİRİŞ

Günümüzde giderek küreselleşen ortamda, ekonomik ve teknolojik gelişmeler ışığı altında ihtiyaçlarını karşılamak üzere dış dünyaya açılan tüketicilerin, kendisinden daha örgütlü üretici, satıcı ve sağlayıcılar karşısında çoğu zaman koruma altına alınması, haklarının korunması ve maruz kaldığı haksızlıkların giderilmesi gereksinimi ortaya çıkmıştır.

Diğer taraftan bu derece geniş bir pazara mal ve hizmet sunan üretici, satıcı ve sağlayıcıların da sahip oldukları mal ve hizmetlerin üretim, pazarlama ve satışında ortak bir metin ile çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere önceden hazırlanan kayıtlar ileri sürerek işlemlerini kolaylaştırma gayreti içinde oldukları görülmektedir. Böyle bir gayret sayesinde üretici, satıcı veya sağlayıcılar, her bir tüketici ile karşılıklı müzakere etmeksizin önceden hazırlanmış olan ve herkesle aynı koşullarla akdedilen sözleşmelerini yapma yolunu tercih etmektedirler.

Başlangıçta, taraflar arasında oldukça kullanışlı bir şekilde istifade edilen bu tür sözleşmelerde, zaman içerisinde, sözleşmenin güçlü yanını temsil eden üretici, satıcı ve sağlayıcıların kendi lehine, buna karşılık tüketiciler aleyhine sözleşme metnine koymuş olduğu hükümler sebebiyle tüketiciler birçok açıdan mağdur duruma düşmüştür. Sözleşme özgürlüğü ve bu özgürlüğün uzantısı anlamında olan sözleşmenin içeriğinin serbestçe belirlenmesi anlayışı, zaman içerisinde satıcı ve sağlayıcılar tarafından tek taraflı olarak kullanılmaya başlanmış, kendi menfaatlerini koruma altına

almaya kadar genişletilirken, karşısındaki tüketicinin menfaatlerini tehlikeye düşürecek oranda düzenlenmeler yapılmıştır.

20.yy ortalarından itibaren, sosyal devlet anlayışı ile zayıf konumda olan tüketicilerin, güçlü tarafta bulunan satıcı ve sağlayıcılar karşısında korunması gerektiği görüşü hâkim olmaya başlamıştır. Bilindiği üzere dünyada tüketicilerin korunması gerektiği, başlangıçta 1962 yılında Kennedy tarafından açıklanan dört temel tüketici hakkı, 1985 yılında Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen “Tüketici Hakları Deklarasyonu” ile genişletilerek sekiz temel hak olarak ifade edilmiştir. Bu temel haklar sayesinde, piyasa dengelerinin bozulmasına fırsat vermeden, tüketicilerin korunması, bilinçlendirilmesi ve örgütlenmesi hedeflenmiştir. Aslında bilinçli ve örgütlü bir tüketici kitlesi her zaman serbest piyasa koşulları altında daha iyi seçimler yapmak suretiyle üretici, satıcı ve sağlayıcılar arasındaki rekabet ortamının da sağlıklı işlemesine katkıda bulunmaktadır.

Bu çalışma, öncelikle tüketicilerin bir şekilde akdetmek zorunda kaldıkları sözleşmelerde yer alan haksız şartların neler olduğu ve bu şartların nasıl bertaraf edilmesi gerektiği yönünde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da hüküm bulan hususlara açıklık getirmeyi hedeflemektedir. Bununla birlikte tüketicinin korunması amacıyla sözleşmede yer alan haksız şartların TKHK kapsamında incelenmesinin yanısıra, 2012 yılında mevzuatımızda önemli değişiklikler ve yenilikler getiren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda bahsi geçen Genel İşlem Koşullarının da incelenmesi amaçlanmaktadır. Hem TKHK hem TBK hükümlerinin bir arada değerlendirilerek, tüketicilerin hangi şartlar altında korunmasının daha uygun olacağı uygulamada ve somut olaylar bazında incelenecektir.

Bütün bu genel değerlendirmeler ışığı altında, öncelikle hukuk sistemimizde sözleşmeler ve sözleşme serbestîsi ilkesi irdelenecek, ardından TKHK’da yer alan haksız şartlar incelenmeye çalışılacak, son olarak TBK’da belki de esasa ilişkin en önemli değişiklikler arasında yer alan GİK’nın, tüketicinin korunması açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

II. HUKUKUMUZDA SÖZLEŞME KAVRAMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk hukuk sisteminde borç ilişkisini doğuran kaynaklar genel anlamda üçe ayrılmaktadır. Bunlar; sözleşmeler, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme

şeklinde ifade edilmektedir. Ancak şüphesiz ki borç ilişkisini doğuran diğer başka Kanunlarda düzenlenmiş kaynaklar da bulunmaktadır.

Sözleşmeler, günlük hayatımızda önemli bir yer tutmakta, taraflar arasında karşılıklı hak ve sorumlulukları belirlemektedir. Bu doğrultuda sözleşmenin tanımını yapmaya çalışılırsak; sözleşmeyi, tarafların belirli bir hukuki sonuca, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan iki veya çok taraflı hukuki işlem olarak ifade etmek mümkündür¹.

Türk Borçlar Kanunu sözleşmelere ilişkin getirdiği tanımında, “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur” demek suretiyle sözleşmenin iki taraflı bir hukuki işlem olduğu, borç ilişkisinde alacaklı ve borçlu tarafının karşılıklı irade beyanlarının bulunması gerektiğini vurgulamıştır.

Görüldüğü üzere sözleşmelerde borçlu ve alacaklı olarak nitelendirilen iki taraflı bir işlem tesis edilmektedir. Taraf iradelerinin serbestçe açıklandığı ve bu iradelerin karşılıklı bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik olduğu da anlaşılmaktadır. İrade serbestisi ve buna bağlı olarak sözleşme serbestisi, sözleşmeler açısından en temel unsurdur. Sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların bir araya gelerek karşılıklı, birbirine uygun serbest iradelerini ortaya koyarak sözleşme hükümlerini kararlaştırmaları gerekmektedir.

Ancak gelişen ekonomik ilişkiler sebebiyle bunun her zaman mümkün olamadığı, satıcı veya sağlayıcının her zaman tüketici ile bir araya gelerek sözleşme hükümlerini bir arada kararlaştırmalarını sağlayacak ortamının yaratılmadığı bilinmektedir. Buna ilave olarak çoğu zaman tüketicilerin, satıcı veya sağlayıcının önceden tek taraflı olarak hazırlamış olduğu sözleşmeyi kabul ya da reddetme imkânından başka seçeneğinin kalmadığı durumlar yaşanmaktadır. Standart sözleşmeler olarak da ifade edilen bu tür sözleşmelerde aynı konuda ileride birçok kişi ile akdedilmesi düşünülen hükümleri içeren sözleşmeler bir mal veya hizmeti sunan taraftan tek taraflı hazırlanmaktadır. Bu derece dayatmacı bir anlayışla ihti-

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Bası, Ankara 2013, s.200; Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Bası, İstanbul 1993, s.43.

yacı olan mal ve hizmete kavuşmak maksadıyla talep eden kişinin iki seçenek arasında sıkışıp kalması söz konusu olmaktadır.

Hâlbuki sözleşmelerin temelinde bir bağlanma iradesi ile karşı tarafa “öneri” sunan tarafın, karşı akitten almış olduğu “kabul” iradesi ile sözleşmenin akdedilmesi mantığı yatmaktadır. Hukukumuzda bu irade beyanlarından önce açıklanana “öneri”, diğerine ise “kabul” adı verilmektedir². Yukarıda belirtilen şekilde satıcı veya sağlayıcının öneri olarak tüketiciye sunduğu irade karşılığında tüketicinin iradesinin yalnızca kabul veya reddetme seçeneklerinden başka alternatifi kalmamaktadır. Oysaki tüketicinin irade serbestisi ile sözleşmenin esaslı noktalarında görüş bildirme, sözleşmenin içeriğine dâhil olma şeklinde ifade edilen hakkının bulunduğu göz ardı edilemeyecek bir gerçektir.

Sözleşmelerin geçerliliği bakımından, TBK m.12’de ; “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.” demek suretiyle şekil serbestisinin kural olarak uygulanacağına işaret etmektedir³. Ancak sözleşmeleri akdederken şekil şartı öngörülmemiş ise de ispat yükü açısından HMK’ya göre belli bir meblağı aşan, kapsamı çok geniş ve önemli olan sözleşmelerin içerik ve ilkelerinin kanıtlamanın sağlanması bakımından yazılı olarak tespit edilmesi gerekmektedir.

III. TKHK KAPSAMINDA SÖZLEŞMELERDE YER ALAN HAKSIZ ŞARTLAR

Sözleşmelerde yer alan haksız şartlara geçmeden önce haksız şartın ne anlama geldiğinin belirlenmesi ve tanımının yapılması gerekir. Haksız şartlar; hukukumuzda ilk defa 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda 2003 yılında 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 6. maddesinde hüküm

² **Öneri**, sözleşmenin kurulması amacıyla taraflardan birinin teklifini içeren ve karşı tarafa yöneltilen irade beyanıdır. Bir teklifin öneri olarak nitelendirilmesi için, önerinin karşı tarafa yöneltilmiş olması, sözleşmenin bütün esaslı noktalarını taşıması ve öneriyi yapının bu öneri ile bağlanma iradesine sahip olması gerekmektedir. **Kabul** ise, bağlanma iradesi ile yapılan öneriye karşılık sözleşmenin diğer tarafınca öneriyi yapana yöneltilen ve sözleşmenin öneriye uygun olarak kurulması arzusunun kesin ifade eden irade beyanıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s.250; Reisoğlu, Sefa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 64 vd; Akıncı, Şahin; Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya 2011, s. 69.

³ Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987, s. 390. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

bulmuştur. Buna göre; “Saticı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.” şeklinde kaleme alınmıştır⁴. 13.6.2003 tarihli ve 25137 sayılı “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” ise haksız şartı, tüketici sözleşmelerinde satıcı, sağlayıcı veya kredi veren tarafından tek taraflı olarak ve dürüstlük kuralına aykırı biçimde konulmuş her türlü şart olarak nitelendirmiştir.

⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.3.2012 tarih 2012/13-23 E. ve 2012/255 K. sayılı kararında Kanun maddesine atıfla; “...Somut uyumsuzluğu ilgilendirmesi sebebiyle “**haksız şart**” ve “**genel işlem koşulları**” hakkında genel bir açıklama yapılmasında yarar vardır. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un “Sözleşmedeki Haksız Şartlar” başlığı altında düzenlenen 6. maddesinin 1. fıkrasında; “... Saticı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe sebep olan sözleşme koşulları haksız şarttır.” hükmüne yer verilmiş, aynı maddenin 2. fıkrasında “... Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.” hükmü öngörülmüş; 3. fıkrasında ise, “... Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması sebebiyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. **Bu açık hüküm karşısında, standart sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarından haksız olanlarının tüketici için bağlayıcı olmadığı kuşkusuzdur. Şu halde hükmün uygulanması alanı, diğer bir ifadeyle haksız şartın tüketiciyi bağlamamasının koşulları, standart bir sözleşmede genel işlem şartının bulunması ve bunun tüketici aleyhine haksız şart içermesidir.** Genel işlem şartlarının unsurları ise, ekonomik açıdan daha güçlü olan tarafça önceden tek yanlı olarak hazırlanıp belirlenerek tüketiciyle müzakere edilmemesi, genel ve soyut nitelikte olması ve çok sayıda sözleşme için önceden hazırlanmasıdır. **Bu noktada, genel işlem şartlarının açık ve anlaşılır olmaması durumunda, ilke olarak tüketici aleyhine haksız şart olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır. Tüketici aleyhine haksız şart içeren böyle bir genel işlem şartının da, tüketiciyi bağlamayacağı her türlü duraksamadan uzaktır** (HGK'nun 22.9.2010 gün ve E:2010/13-466, K:410 Sayılı ilamı). Bu kapsamda tüketici, imzaladığı bir sözleşmede yer alan haksız şartların iptalini dava edebileceği gibi, elbette, sözleşmenin haksız şartına dayanarak kendisinden talepte bulunan satıcı veya sağlayıcıya karşı şartın haksızlığını ve geçersizliğini def'i yoluyla her zaman ileri sürebilir. Tüketici haksız şart sebebiyle uğradığı zararları talep edebileceği gibi, bu haksız şartlar gereği ödemek zorunda kaldığı bedeli de, şartın haksızlığının ve geçersizliğinin mahkemece saptanması sonucu olarak geri alabilir (İlhan, Cengiz; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006, s.112).

TKHK m.6 devamında, sözleşmenin taraflarından birinin tüketici olduğu her sözleşmede yer alan haksız şartların tüketici için bağlayıcı olmadığı, sözleşme şartının önceden hazırlandığı ve özellikle standart sözleşmede yer alması sebebiyle tüketicinin içeriğine etki edemediği sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilmiştir. Sözleşme bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sözleşmenin standart sözleşme olduğu sonucuna varılması durumunda, sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferiden bir hükmünün müzakere edilmiş olmasının sözleşmenin kalan kısmına madde hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Satıcı veya sağlayıcı, standart sözleşmede yer alan şartın münferiden tartışıldığını iddia etmesi durumunda bunu ispat etmekle yükümlü tutulmuştur⁵.

Tüketicinin korunması alanında gerek ülkemizde ve gerekse dünyada yaşanan gelişmeler, tüketicinin korunması bağlamında topyekûn bir düzenlemenin yapılmasını, konunun yeniden ele alınmasını ve koruma tedbirlerinin gözden geçirilmesini gündeme taşımıştır. Kanun koyucu bu gereksinimden yola çıkarak 07.11.2013 tarihli 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe sokmuştur. Bu Kanunun 5. maddesinde, “*Haksız şart; tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.*” şeklinde bir düzenlemeye kavuşmuştur. Kanun koyucu bu yeni tanımda eski Kanun hükmünde haklı olarak eleştiri getirilen “iyiniyet kuralı” ifadesinin yerine isabetli olarak “dürüstlük kuralını” tercih etmiştir.

Bu maddede Kanun koyucunun bir hükmün haksız şart olup olmadığı konusunda getirmiş olduğu iki adet kıstas mevcuttur. Bunlar; tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen hususların varlığı ile sözleşmede yer alan hükmün tarafların karşılıklı hak ve borçlarında dürüstlük kuralına aykırı düşecek ölçüde tüketici aleyhine dengesizlik yaratmasıdır. Burada teknik anlamda müzakereden bahsedebilmek için tarafların sözleşme şartlarını birlikte gözden geçirmeleri yeterli görülmemekte, sözleşme şartlarını hazırlayan tarafın, karşı tarafın görüş ve teklifleri doğrultu-

⁵ Altop, Atilla; Türk Borçlar Kanununu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof.Dr. Ergon Çetingil ve Prof.Dr.Rayegan Kender’e Armağan, İstanbul 2007, s. 253. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

sunda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapmaya hazır olması hususu aranmaktadır.

Kural olarak, TKHK ile sınırları çizilen haksız şartlar, TBK ile hüküm altına alınan GİK'dan “*ileride benzer mahiyette birçok sözleşmede kullanılma amacı*” noktasında ayrılmaktadır. TKHK, haksız şartları, yukarıda belirtilen iki kıstas dâhilinde kapsamına alırken bu sözleşmelerin ileride birçok kişiye yönelik olarak kullanılıp kullanılmayacağı konusuna hiç değinmemiştir.

TKHK m.5’de tanımlanan haksız şart kavramı, TBK m. 20’de tanımı verilen GİK’den “*önceden*” hazırlanma noktasında da ayrılmaktadır. TKHK kapsamında, tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan haksız şartların önceden hazırlanması gibi koşul aranmaması rağmen, TBK kapsamında GİK, kanun hükmü gereği bu koşulların önceden hazırlanması hususunu aramaktadır⁶.

6502 sayılı TKHK m.5/II’de belirtildiği üzere, “*Tüketiciyle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.*” hükmü ile tüketici ile akdedilen sözleşmeye dâhil edilen haksız şartların kesin hükümsüz olduğunu vurgulanmış ve isabetli bir şekilde sözleşmenin ayakta tutulabilmesi maksadıyla bu şartlar haricindeki hükümlerin geçerliliğinin korunduğu ifadesine yer verilmiştir.

Yeni TKHK’da haksız şartlar alanında yapılan bu düzenleme, TBK m.25’de; “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” hükmü ile getirilen “*içerik denetimine*” işaret etmektedir. Bu hüküm sayesinde Kanunlar arasında bir nebze olsa da eş güdüm sağlandığı görülmektedir. Benzer bir düzenleme, TBK m.23 ile TKHK’nun m.5/IV arasında sağlanmıştır. Bu maddede “*yorum yolu ile denetim*” hedeflenmiş, sözleşmede yer alan hükmün açık ve anlaşılır olmaması veya birden çok anlama gelmesi durumunda bu hükmün tüketici lehine yorumlanacağı kabul edilmiştir. Ancak TBK’da yer alan “*yürürlülük denetimi*”, TKHK’da kapsam dışında bırakılmıştır.

⁶ Antalya, Gökhan; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 297.

İki Kanun arasında en önemli ayrımın TKHK’da düzenlenen haksız şartlara ilişkin hükümlerin taraflardan birinin tüketici, karşı tarafın ya da sözleşmeyi düzenleyen satıcı veya sağlayıcı olduğu tüketici işlemlerinde uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık, TBK ile getirilen GİK daha geniş anlamda tarafların tüketici-tacir olmasına bakılmaksızın bütün sözleşmeler bakımından geçerli olduğu anlaşılmaktadır.

6502 sayılı TKHK’nun haksız şartları düzenleyen 5. maddesinin III. fıkrasında; “Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir.” hükmü yer almaktadır. Madde içerisinde sadece “standart sözleşme” ifadesinin kullanılması yerinde olmamıştır. Çünkü uygulamada yalnızca standart sözleşmeler bakımından geçerli olacağı ve diğer sözleşmelerin kapsam dışında kalabileceği tehlikesi ortaya çıkmıştır. Oysa bir sözleşmenin tamamı genel işlem koşulu niteliğinde hükümlerden oluşmayıp, kısmen genel işlem koşullarını içerse bile, Kanun hükmünün bu koşulların denetimi bakımından uygulanması gerekir.

IV. TBK KAPSAMINDA SÖZLEŞMELERDE YER ALAN GENEL İŞLEM KOŞULLARI

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda belki de esasa yönelik en önemli yenilik “Genel İşlem Koşullarının” ilk defa düzenlenmiş olmasıdır⁷. Genel işlem koşulu, sözleşmenin taraflarından birinin ileride çok sayıda benzer mahiyette sözleşmede kullanmak üzere önceden tek başına hazırlayıp düzenleyerek sözleşmenin yapılması esnasında karşı tarafa sunduğu standartlaştırılmış sözleşme hükümleridir⁸. GİK, niteliği itibarıyla yalnızca sözleşmelerde uygulama alanı bulmaktadır. Tek taraflı işlemler bakımından GİK’den bahsetmek mümkün değildir. Ancak bu tek taraflı işlemler bir sözleşmenin hükümlerini değiştiriyor ya da yürürlükten kaldırıyor ise TBK’nun GİK’e ilişkin hükümlerine başvurmak söz konusu olabilecektir.

⁷ Türk Borçlar Kanunu ile getirilen bu yenilikler, Kaynak Kanun olan Alman Medeni Kanununda 2002 yılında yapılan değişikliklerden bir kısmının esas alınması suretiyle kaleme alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21.Bası, İstanbul 2010, s. 71.

⁸ Eren, s.215; Havutçu, Ayşe; Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 74.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Sözleşmenin tam iki tarafa ya da eksik iki tarafa borç yükleyen nitelikte olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁹.

Klasik borçlar hukukunun temelinde bireysel sözleşme modeli yatmaktadır¹⁰. Bu anlayış ile borçlu ve alacaklı karşılıklı gelerek sözleşmeye konu edimin ifasını gerçekleştirmektedirler. Mal ve hizmetlerin değişiminde esas alınan bireysel sözleşme modeli zaman içinde değişim göstermiştir. Bu noktada genel işlem koşullarının ortaya çıkma nedenlerine baktığımızda, aslında endüstriyel devrimin bir ürünü olduğu anlaşılmaktadır.

Klasik bireysel sözleşmenin yanında bir de standart sözleşme modeli hayatımıza girmiştir. Bu tür bir standartlaşma, gelişen dünya ekonomik ilişkilerinde bir takım mal ve hizmetleri üretilip kitlelere sunan satıcı veya sağlayıcıların her gün oldukça çok miktarda sözleşmeyi her bir müşterisi ile birebir müzakere etme şansının bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Böylesine bir durum yaşansaydı, her bir müşteri ile farklı müzakereler sonucunda içerik açısından farklı sözleşmelere taraf olması, müzakereler esnasında çok büyük zaman kaybetmesi gibi bir takım olumsuz durumlar meydana gelebilecektir¹¹. Bu ve benzeri sakıncaları gidermek amacıyla aynı konuda aynı içerikte standart sözleşmelerin yapılması diğer bir ifade ile tamamı genel işlem koşulundan oluşan sözleşmelerin akdedilmesi zaruretini doğmuştur¹². Kuşkusuz tamamı genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerden oluşmamakla birlikte, az ya da çok, kısmen genel işlem koşulu

⁹ Antalya, s. 294.

¹⁰ Bu sözleşmelerde, “Bireysel sözleşme ile kararlaştırılan her zaman adildir.” (*qui dit contractuel, dit juste*) ilkesi hâkimken, buna karşılık standart sözleşmelerde “denkleştirici adalet (*iustitia commutativa*) ve dağıtıcı adalet (*iustitia distributiva*) ilkesi hâkimdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Antalya, s. 289.

¹¹ Standart sözleşme hükümlerine dayanarak sözleşme akdeden taraflar arasında özellikle bankalar, seyahat ve taşıma işletmeleri, dayanıklı tüketim malları üreticileri, motorlu taşıt üretimi, pazarlaması ve satışı vb. yapanlar öne çıkmaktadır. Bunlar tarafından önceden hazırlanan standart sözleşmelerde karşı tarafın kim olduğuna bakılmadan soyut ve tek yanlı hükümler kullanılmaktadır. Önceden hazırlanan bu sözleşmelerin gelecekte çok sayıda, aynı şekil ve tipteki hukuki işlemlerde kullanılması amaçlanmaktadır. Antalya, s. 290.

¹² Genel işlem koşullarının, çeşitli hukuk sistemleri içerisinde ya özel bir kanunla düzenleme yoluna gidilmesi yöntemi belirlenmiş ya da medeni veya borçlar kanununun gibi genel kanunların içerisinde ele alınmıştır. Örneğin Almanya’da 1977 yılında özel bir kanunla düzenlenmiş olan Genel İşlem Koşulları daha sonra Alman Medeni Kanununun içerisine alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 216.

niteliğinde hüküm içeren sözleşmeler de günümüzde sıklıkla karşımıza çıkmaktadır.

2003 yılından itibaren hukukumuzda dâhil olan haksız şartlara ilişkin hususların, TBK'nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinden sonra daha geniş bir uygulama alanı bulacağı kuşkusuzdur. Konusu ve kapsamı gereği tüketicinin korunması anlayışından hareket eden TKHK'dan daha ileri bir seviyede genel işlem koşullarının TBK'da düzenlenmesi yerinde olmuştur.

TBK'da genel işlem koşulları, bir bütün olarak ele alınmış ve tüketici, tacir, özel hukuk tüzel kişisi-kamu hukuku tüzel kişisi gibi bir ayırım gözetilmeksizin geniş bir yelpazede uygulama alanı bulacak şekilde düzenlenmiştir. TBK'da yer alan genel işlem koşullarının şartlar ve somut olayların özellikleri uygun olduğu ölçüde tüketici sözleşmelerine de uygulanabileceği düşünülmektedir¹³. Kuşkusuz tüketici işlemleri bakımından öncelikle TKHK hükümleri uygulanacak, ancak TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde veya daha geniş koruma sağlanan durumlarda TBK hükümleri devreye girecektir.

Diğer taraftan TBK ile GİK'na yargısal yönden denetim imkânı getirilmiştir. Kanun koyucunun bu denetim mekanizmasını kurmasının sebebi standart sözleşmenin tarafları arasında mümkün olduğu ölçüde eşitliğin sağlanması, eşit olmayan sözleşmeler bakımından görece zayıf olanın sosyal devlet anlayışı ile korunmasıdır¹⁴.

GİK'na ilişkin hükümler niteliği bakımından emredici hükümler arasında yer almaktadır. Kanun koyucu da TBK'da düzenlenen GİK koşullarının (TBK.m.20-25) emredici mahiyette olduğunu Kanun gerekçesinde açıkça ifade etmiştir. TBK'da genel işlem koşullarının yorumlanması, tabii olduğu geçerlilik kuralları, bu kurallara aykırılığın yaptırımları sözleşmenin taraflarının kim olduğuna bakılmaksızın bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde emredici mahiyette düzenlenmiştir. Buna göre gerekçede; *“...genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları, bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konuların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür.”* ifadesi yer almıştır. Görüldüğü üzere yeni kanunda genel işlem koşullarının

¹³ Aynı yönde görüş için bkz. Eren, s. 217.

¹⁴ Antalya, s. 291.

bütün sözleşmeleri kapsayacak şekilde, emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesinin zorunluluğu hissedilmiş, bunun üzerine kapsayıcı bir düzenleme kaleme alınmıştır¹⁵.

Yeni TBK'dan önce hukuk mevzuatımızda, oldukça sınırlı sayıda ve dar kapsamda da olsa genel işlem koşullarına ilişkin bir takım hükümler yer almakta, yargı kararlarına zayıf tarafın korunması maksadıyla hâkimin sözleşmeye müdahalesi haklı görülmekteydi. Yeni TBK'da benzer doğrultuda genel işlem koşulu ihtiva eden sözleşmelerde, sözleşme serbestisinin yeniden tesis edilmesi, tarafların özgür iradelerinin sözleşme hükümlerine yansımaları, görece zayıf olanın korunması, dürüstlük kuralına aykırılığın giderilmesi, emredici hukuk kurallarına uyulması ve kamu düzeninin yeniden sağlanması yolunda hükümler getirildiği görülmektedir.

TBK'nun genel işlem koşullarını nasıl değerlendirdiği incelenecek olursa, öncelikle TBK m.20'de kapsamlı bir tanım yapıldığı görülmektedir. Buna göre; *"Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir."* denilmektedir.

Bu tanıma göre sözleşmeye ait bir hükmün GİK özelliği taşıması için şu özellikleri bünyesinde barındırması gerekmektedir;

- GİK, sözleşme hükmü olmalıdır.
- Bu hükümler sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenmiş olmalıdır.
- Düzenleyenin, bu hükümleri birden fazla sözleşmede kullanma niyeti olmalıdır.
- GİK düzenleyen tarafından sözleşmede kullanılmak niyetiyle karşı tarafa sunulmuş olmalıdır.
- GİK pazarlık konusu edilmemiş olmalı ve karşı tarafın bu koşulları değiştirme imkânı bulunmamalıdır.

¹⁵ Sözleşmenin zayıf konumunda olan tarafın korunması maksadıyla diğer ülke kanunlarına özel hükümlerin dahil edildiği görülmektedir. Genel işlem koşullarını düzenleyen bu hükümler esasen zayıf olanı koruma amacı güttüğünden hukuki nitelikleri itibarıyla emredici hukuk kurallarıdır. Bu sebeple karşı tarafı korumaya yönelik, emredici mahiyetteki bu hükümleri aksinin kararlaştırılması söz konusu olamaz. Diğer bir ifade ile genel işlem koşulları emredici hukuk kurallarına aykırı olamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 220.

Bu maddede öne çıkan husus, sözleşmeyi akdeden tarafların iradele-
rinin gerçek manada sözleşmeye yansımadır. Diğer bir ifade ile genel
işlem koşulu içeren sözleşmelerin geçerliliği ve bağlayıcılığı, sözleşmeyi
hazırlayan tarafın iradesinin tam olarak yansıdığı bu tür sözleşmenin, karşı
tarafça da kabul edilmesi gerekliliğine bağlıdır¹⁶.

Genel işlem koşullarının tespitinde dikkate alınacak en önemli kıstas,
sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme hükümlerini önceden tek taraflı
olarak belirleme imkânına sahip olup olmadığı ve pazarlık konusu edilip
edilmediği noktasında düğümlenmektedir. TBK'ya göre GİK'in pazarlık
konusu edildiğine ilişkin kayıtlar, onları genel işlem koşulu olmaktan çı-
karmamaktadır. Bu yönde TBK m. 20/III; "*Genel işlem koşulları içeren
sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tar-
tışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem
koşulu olmaktan çıkarmaz*" hükmü önemli bir düzenlemedir.

TBK m.20'de tanımı yapılan genel işlem koşuluna uyan sözleşme
hükümlerinin, sözleşmenin kapsamında olduğunu değerlendirebilmek için
bu hükümlerin, taraflar arasında sonuca etkili şekilde müzakere edilmemiş
olmaları hususu da ayrıca dikkat edilmesi gereken bir kıstastır¹⁷.

TBK m.20 devamında, "*Bu koşulların, sözleşme metninde veya
ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşı-
maz.*" demek suretiyle GİK bakımından herhangi bir şekil şartının getiril-
mediği anlaşılmaktadır.

TBK'nun kapsamlı olarak ele almış olduğu genel işlem koşulları hü-
kümlerinde, üç tür denetim mekanizması getirdiği görülmektedir Bunlar;
yürürlülük, yorum ve içerik denetimidir.

TBK m.21'de getirilen düzenleme yürürlük denetimine¹⁸ işaret et-
mektedir ve burada önemli olan hususun GİK'in sözleşmenin içeriği olup
olmadığının belirlenmesidir¹⁹. GİK'in sözleşme içeriğine dâhil olmadığı

¹⁶ Eren, s.217. Eren, burada sözleşmeyi hazırlayan karşısında yer alan tarafın sözleşmeyi
üstlenmesi durumunda sözleşmenin kurulabileceğine işaret etmektedir. Buna sözleşmenin
kabulü anlamına gelmek üzere "üstlenme sözleşmesi" denildiğini ifade etmiştir.

¹⁷ Yeniocak, Umut; Borçlar Hukuku Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargı-
sal Denetimi, TBB Dergisi, S. 2013 (107), s. 82.

¹⁸ Bu denetime, bağlayıcılık, geçerlilik ve kapsam denetimi de denilmektedir. Bkz. Eren,
s.220, dn. 63.

¹⁹ Atamer, Yeşim; Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof.Dr. Necip
Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 324.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

belirlenecek olursa bunun yaptırımını, GİK'in hiç yazılmamış sayılacağı yönündedir. Madde hükmünde açıkça sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi üzerinde durulmuştur. Bu durumda karşı tarafın bir şekilde bilgi sahibi olduğu ve gerekli bilgilerin verildiğini ileri sürerek, sözleşmeyi hazırlayan tarafın yürürlük denetiminden kurtulmasının önünde geçilmiştir.

Sözleşmeyi düzenleyenin karşıdakinin menfaatine aykırı bir genel işlem koşulunun sözleşme kapsamına girebilmesi bu sayede yürürlük denetiminin uygulama imkanı kazanıp sonuç doğurabilmesi aşağıda belirtilen üç şartın birlikte gerçekleşmesi ile mümkün olabilecektir. Bu şartlar;

- GİK'i düzenleyen taraf, bu şartların varlığı hususunda karşı tarafa açıkça bilgi vermelidir,

- GİK'i düzenleyen taraf, karşı tarafa bu şartların içeriğini öğrenme fırsatı tanımalıdır,

- Bu iki şart altında, sözleşmenin karşı tarafı bu koşulların genel işlem koşulları olduğunu kabul etmelidir.

Bu kurallara uyulmadığı takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılacaktır²⁰. Kanunda yer alan “yazılmamış sayılma” ifadesi ile kastedilen bize göre, doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, “kesin hükümsüzlük” (butlan) yaptırımıdır.

TBK m.21/son hükmü yürürlük denetimini yerine getirmesi bakımından hâkime, taraflar arasındaki sözleşmeye oldukça geniş müdahale yetkisi tanımaktadır. Buna göre; “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.” demek suretiyle sözleşmenin hangi hükümleri içerebileceği, hangi hükümlerin sözleşme kapsamına dâhil olmadığını tespit etmek bakımından somut bir dayanak getirilmiştir. “Sözleşmenin niteliği” ve “işin özelliği” kıstasları hâkimin dikkate alacağı unsurlardır.

Yorum denetimi sözleşme içeriğini oluşturan GİK'in karşı akit lehine çözüm getirecek şekilde yorumlanması esasına dayanmaktadır. TBK m.23 bu konuya ilişkin önemli düzenleme getirmektedir. Diğer bir ifade ile sözleşmede yer alan GİK'nin belirsiz bir şekilde kaleme alınmış olması

²⁰ Eren, s. 221.

durumunda, bu hükümlerin sözleşmeyi düzenleyen aleyhine, karşı taraf lehine yorumlanacağı Kanunda açıkça ifade edilmiştir²¹.

GİK içeren hemen her sözleşmede, bu sözleşmeyi hazırlayan taraf, sözleşmede yer alan hükümleri tek taraflı olarak değiştirme arzusundadır. Bu sayede sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelebilecek gelişmeleri kendi lehine kullanma gayreti içine girmektedir. TBK m.24 bu açıdan sözleşmelerde değiştirme yasağını öngörmektedir. Kanun koyucu, sıkça uygulanan bu hususu özel olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. Çünkü sözleşmelerde tek taraflı değişiklik yapma yetkisinin saklı tutulmasıyla uygulamada yaşanan sıkıntıları bir nebze olsun giderebilmek için TBK m.24'de ayrıca bir düzenleme yapılması gerekli görülmüştür.

Son olarak, içerik denetimi yapıldığında sözleşme içeriğini oluşturmasına rağmen GİK'nın geçersiz sayılıp sayılamayacağıının değerlendirilmesi gerekir. Bu denetim TBK m.25 ile düzenlenmektedir. Buna göre; "Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz." hükmü getirilmiştir. GİK'dan dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafa zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olanlar geçersiz sayılmıştır. Buradaki geçersizlikten kasıt kesin hükümsüzlüktür. Bu hüküm ile TMK m.2/II'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının, sözleşme kapsamına alınmış genel işlem koşulları alanında uygulanmasının hukuki temeli hazırlanmıştır.

V. SONUÇ

Görüldüğü üzere hukukumuzda haksız şartlara ilişkin düzenleme yalnızca tüketiciler ile sınırlı kalmak üzere ilk defa 2003 tarihinde yürürlüğe giren TKHK'da yer almaktaydı. Bu çerçevede, Kanunda belirtilen hükümlerle sözleşmede yer alan haksız şartların tüketici aleyhine sonuçlar doğurmasını önlenmesi, bu sayede tüketicinin koruma altına alınması amaçlanmıştır.

²¹ Sözleşmeyi yazan aleyhine yorum kuralı aslında hem doktrinde hem de uygulamada kabul gören bir yorum kuralıdır. Bu madde ile Kanun koyucu bu kuralı, yazılı bir hukuk kuralı haline getirmiştir. Bu kuralın uygulanmasında iki şart aranmaktadır. Birincisi, sözleşme taraflardan biri tarafından kaleme alınmış olmalıdır, ikincisi ise kaleme alınan metin en azından iki ayrı anlama gelmeli ve bunlardan biri yazan tarafın aleyhine olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 473; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 151. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

Gelişen anlayışlar ve istekler doğrultusunda yeniden kaleme alınan 6502 sayılı TKHK, 28 Mayıs 2014’de yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanunda da önceki TKHK’da olduğu gibi sadece sözleşmenin bir tarafının tüketicilerin oluşturduğu sözleşmelerde yer alan haksız şartların kapsamlı olarak düzenlenmeye çalışıldığı görülmektedir. Ancak Kanun koyucu, konunun tüketiciler ile sınırlı kalmayıp genel bir düzenleme ile emredici mahiyette bütün sözleşmelere uygulanmasını hedefleyerek ilk defa yeni TBK’nun içerisinde “Genel İşlem Koşullarına” yer vermiştir.

Genel işlem koşullarının 6098 sayılı TBK ile kapsamlı bir düzenlemeye kavuşması kanımızca yerinde olmuştur. Kanun koyucu burada hem GİK’in tanımını yapmakla bir çerçeve çizmiş, hem de sözleşmelerde yer alan GİK’in denetim ve yorum mekanizmalarını ortaya koymuştur.

Her ne kadar 6502 sayılı TKHK’da geçen haksız şartlar ile 6098 sayılı TBK’da geçen genel işlem koşulları arasında tam bir bağ ve köprü kurulmamış olsa da tüketiciyi ilgilendiren hususlarda özel kanun olması sebebiyle öncelikle TKHK’nun uygulanacağı, bu koruma tedbirlerinin yeterli kalmadığı oranda TBK’nun genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerine başvurulabileceği anlaşılmaktadır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Konya, 2011.

Altop, Atilla: Türk Borçlar Kanununu Tasarısındaki Genel İşlem Koşulları Düzenlemesi, Prof. Dr. Ergon Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e Armağan, İstanbul 2007, s. 254-260.

Antalya, Gökhan: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 297.

Atamer, Yeşim: Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2013.

Havutçu, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.

İlhan, Cengiz: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2006.

Reisoğlu, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul 2013.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987.

Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

Yeniocak, Umut: Borçlar Hukuku Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, S. 2013 (107).

TÜKETİCİ HAKLARININ ANAYASAL BOYUTU

(CONSTITUTIONAL ASPECTS OF CONSUMER RIGHTS)

Prof. Dr. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK*

ÖZET

Ticaretin küreselleşmesi tüketici hakları bakımından da koruma mekanizmalarının güçlendirilmesi ihtiyacını doğurmaktadır. Özellikle güçlü sermaye karşısında tüketici neredeyse devlet benzeri bir iktidarla karşı karşıyadır ve zayıftır. Herkesin bir biçimde tüketici olma ihtimalinin olması hakkın tüm insanlığa ait evrensel bir hak olduğuna göstermektedir. Nihayet tüketici hakkının korunması insan onuru ile de yakından bağlantılıdır. Bu gerekçelerle tam bir uzlaşma içinde olmasa da bugün tüketici hakkının evrensel insan hakları olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu hakkın ulusal ve uluslararası alanda korunması gittikçe artan biçimde kendisini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Anayasa, tüketici, tüketici hakları, tüketicinin korunması, insan hakları, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.

ABSTRACT

Globalization of trade necessitates reinforcement of the protection mechanisms concerning consumer rights. Especially, the consumers who are before a powerful capital, face a power similar to that of the State, and they are weak. The fact that everyone has the potential of being consumer, places consumer rights within the realm of global human rights. Furthermore, protection of consumer rights are also closely related to the human honor. For these reasons, even though there is no global consensus, today

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: suzelturk@superonline.com

it is acknowledged that consumer rights are global human rights. The protection of consumer rights within the national and international realms develop day by day.

Keywords: *Constitution, consumer, consumer rights, protection of consumers, human rights, Turkish Code of Consumer Protection (Act No. 6502).*

1957’de hamilelikleri döneminde Thalidomide adı verilen ilacı alan kadınların bebekleri uzuv anomalileriyle doğmuş ve bu talihsiz bebekler “thalidomite çocukları” olarak isimlendirilmişlerdir. Kamuoyunda infial yaratan bu gelişme üzerine ABD Başkanı John F. Kennedy Kongre’de 15 Mart 1962 tarihinde yaptığı konuşmada¹ dört temel tüketici hakkına gönderme yapmış ve tüketicinin korunması alanında çok önemli bir gelişmeyi de başlatmıştır: Güvenlik hakkı, seçme hakkı, bilgilenme hakkı ve duyulma hakkı². Başkanın vurguladığı haklar daha sonra Tüketicilerin “haklar beyanamesi” olarak kabul edilmiş ve Birleşmiş Milletler tarafından oluşturulan bir bildirgenin de temeli olmuştur³. Başkan Kennedy’nin ifadeleri

¹ 93 - Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest. March 15, 1962. <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=9108&st=kennedy&st1=>, erişim tarihi 4. 12.2014.

(1) The right to safety--to be protected against the marketing of goods which are hazardous to health or life.

(2) The right to be informed--to be protected against fraudulent, deceitful, or grossly misleading information, advertising, labeling, or other practices, and to be given the facts he needs to make an informed choice.

(3) The right to choose--to be assured, wherever possible, access to a variety of products and services at competitive prices; and in those industries in which competition is not workable and Government regulation is substituted, an assurance of satisfactory quality and service at fair prices.

(4) The right to be heard--to be assured that consumer interests will receive full and sympathetic consideration in the formulation of Government policy, and fair and expeditious treatment in its administrative tribunals.

² Burada duyulma hakkından kastedilen idari yargı benzeri kurullarda adil ve hızlı bir çözümdür.

³ M. Kingisenep, *The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights*, pp.49-58. A.G. Eze, *Consumer Rights As Constitutional Rights-A Comparative analysis of Some YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

tüketici politikalarını belirlemekten öte anayasal bir anlam taşımamakla beraber geçen zaman tüketici hakları alanında önemli gelişmeleri beraberinde getirmiş ulusal ve uluslararası hukuk ve hatta anayasal düzey söz konusu hakkı görmezden gelememiştir.

Alıcının, sahtekarlık ve dolandırıcılığa karşı hukukun koruma alanına girmesi pek yeni değildir. Ancak, tüketiciyi sanayi devriminin, şehir ve sınır ötesi ticaretin ve nihayet gelişen teknoloji ve globalleşme karşısında korumak yeni sayılır. Bu bağlamda tüketici hakları kavramı daha çok ikinci dünya savaşı sonrası ön plana çıkmakta öncesinde ise sadece sivil toplum hareketleriyle kendisini göstermektedir⁴. Ancak bireylerin ürün ve hizmetlerden dolayı gördüğü ağır zararlar sadece hukuki değil, siyasi anlamda da tüketici haklarının gündeme gelmesine yol açmıştır.

Kavram

Türk Dil Kurumu sözlüğünde “tüketici” “mal ve hizmetlerden yararlanan, satın alıp kullanan, tüketen kimse, müstehlik, üretici karşıtı⁵olarak tanımlanmaktadır. Diğer kaynaklara bakıldığında tüketici kavramının evrensel olarak kabul edilen ortak bir tanımının olmadığı görülmektedir. Tüketici kavramının tanımlanmasındaki zorluklar Avrupa Birliği(AB) belgelerinde de yer almaktadır. Türkiye örneğinde de durum farklı değildir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un yapım sürecinde en çok zorlanılan alanın özellikle “tüketici” kavramı olduğu yasa gerekçesinde zikredilmektedir⁶. Bu bağlamda “tüketici” için verilen farklı tanımlara rastlamak mümkündür. Bunlar şu şekilde ifade edilebilir: “Kendisi, ailesi ve ev kullanımı için satma niyeti olmadan mal ve hizmet alan kişi”; “bir ekonomide üretilen mal veya hizmeti nihai veya son kullanıcı olarak alan kişi”; “mal, hizmet veya kredinin kendisi tarafından yapılan bir iş esnasında, başkası tarafından sağlandığı veya sağlamaya teşebbüs edildiği gerçek veya tüzel kişi”; “kişisel tüketici, mal ve hizmeti kendisi veya hane kullanımı için alan ve

Selected Jurisdiction, s.187. http://en.wikipedia.org/wiki/Consumer_Bill_of_Rights, erişim tarihi 4.12.2014.

⁴ I. Benöhr, EU Consumer Law and Human Rights, Oxford, 2013. s. 9.

⁵http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.54802bca7c0f81.52843973, erişim tarihi 4.12.2014.

⁶TBMM 24. Yasama dönemi 3. Yasama yılı, S. Sayısı: 490, s. 5.

bu bağlamda satın alınmış mal ve hizmetlerin nihai ve tahmini kullanıcısı⁷; Organize tüketici ise, bir organizasyonun amacını sürdürebilmek için ürün satın almak durumunda olan özel organizasyon.⁸

7/11/2013 tarih ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun⁹ 3. Maddesinin k bendinde ise tüketici “Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Tanım ilk önerilenin aksine gerçek kişiler yanında tüzel kişileri de içerdği için olumlu bir gelişme seyri izlemiştir¹¹.

Tüketici kavramının tanımlanmasında çerçevenin geniş tutulması hakkın gerçek anlamda korunmasına hizmet edecektir. Bu sebeple tüketici sadece hizmet veya mal alan olarak değil, sözleşme bağlantısı olan veya nihai kullanıcı kadar bir ürün veya hizmetle herhangi biçimde bağlantısı olan¹² gerçek ve tüzel kişileri de kapsar şekilde tanımlamak gerekmektedir.

⁷ Birleşik Krallık örneğinde tüketici hareketine üç unsur yüklenmektedir :“Tüketici ticari faaliyet sıfatıyla hareket etmeyen kişi olmalıdır. Mal ve hizmet sağlayıcı ticari faaliyet sıfatıyla hareket etmelidir. Mal ve hizmetler ticari faaliyet kullanımı için değil kişisel kullanım için olmalıdır. D. W. Oughton’dan aktaran . A.G. Eze, Consumer Rights As Constitutional Rights-A Comperative analysis of Some Selected Jurisdiction, s.185. http://en.wikipedia.org/wiki/Consumer_Bill_of_Rights, erişim tarihi 4.12.2014.

⁸ A.G. Eze, Consumer Rights As Constitutional Rights-A Comperative analysis of Some Selected Jurisdiction, s.185. http://en.wikipedia.org/wiki/Consumer_Bill_of_Rights, erişim tarihi 4.12.2014.

⁹ R.G. 28 Kasım 2013, S. 28835.

¹⁰ “Tüketici hakları, her bir vatandaşı doğrudan ilgilendiren en geniş tabanlı düzenlemelerden biridir. Çünkü bir kişi bir alanda satıcı olsa dahi, diğer alanların tamamında tüketici durumdadır, örneğin bir ayakkabı üreticisi ya da satıcısı, hayatını idame ettirebilmek için satın aldığı her ürün ya da hizmette tüketici durumdadır.” Ümit Özgümüş, Osman Aydın, Kemal Değirmendereli, Mehmet Ali Susam Durdu Özbolat, Hasan Ören’in muhalefet şerhi. s. 159.

¹¹ İlk önerilen metinde sadece gerçek kişiler tüketici olarak ifade edilmekteydi, Meclis Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji komisyonunun kabul ettiği metinde ise tüzel kişiler de tüketici kavramı içine dahil edilmişlerdir.

¹² A.G. Eze, Consumer Rights As Constitutional Rights-A Comperative analysis of Some Selected Jurisdiction, s.186. http://en.wikipedia.org/wiki/Consumer_Bill_of_Rights, erişim tarihi 4.12.2014.

Hukuki niteliği

Cranston'a göre insan hakları üstün öneme sahip evrensel moral haklardır¹³. Donnelly ise, insan haklarını bir kişinin sadece insan olduğu için sahip olduğu haklar olarak tanımlamakta ve “en üstün moral haklar” olduğunu belirtmektedir¹⁴. Donnelly'ye göre insan hakları “insan olarak var olabilme-ye ilişkin özgül bir moral görüşün toplumsal olarak seçilmesini temsil eder ve bu da bizi onurlu bir hayatın ahlaki gerekliliklerine götürmektedir¹⁵.”

Tüketici hakları da insan hakları olarak kabul edilebilir mi?

Bu durum öğretilerde tartışmalıdır. Bazı yazarlar¹⁶ piyasadaki dengesizlikleri dengelemek için temel tüketici hakları deklarasyonuna doğru bir “evrensel etik değerler” oluşturulma teşebbüsü olduğunu saptamakla beraber tüketici haklarını insan hakları olarak kabul etmemektedir. Bu düşüncede olan yazarlar tüketici haklarının da zaman zaman geniş düşünüldüğünde insan hakları korumasından yararlandığı ve doğrudan ve dolaylı olarak¹⁷ insan hakları ile ilgili olduğunu belirtmektedirler. Ancak buna rağmen tüketici haklarında ihlalin devletten değil piyasadadan geldiği; insan hakları soyut iken, tüketici haklarının başvuru alanının ekonomik meşruiyetle sınırlı tüketici lehine belirlenmiş haklar olduğunu ve nihayet tüketici haklarının ihlal ve ihmali halinde insan haklarının ihlal ve ihmali kadar ağır hayati sonuçların genellikle yaşanmadığı vurgusu ile bu görüş gerekçelendirilmektedir¹⁸.

Tüketici haklarını insan hakları olarak ifade eden yaklaşım ise İnsan haklarının karakteristiğinden hareket etmektedir¹⁹. İnsan haklarının karakteristiği ortaya konulduğunda bu hakların öncelikle evrensel niteliği vurgu-

¹³ Cranston'a göre insan hakları öyle bir kavramdır ki tüm insanlara ve zamanlara aittir. Bu sebeple ekonomik ve sosyal hakları evrensel haklar olarak kabul etmez.

¹⁴ J. Donnelly, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, (Türkçesi M. Erdoğan-L. Korkut, Yetkin, Ankara, 1995, s. 22.

¹⁵ Ibid. s. 28.

¹⁶ M.Kingisepp, The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights, 20 years of the Estonian Constitution. *Juridica international*, 2012, s. 49-58.

¹⁷ Çocuk işçiliği ile veya ayrımcılık ile mücadele gibi. Belki burada ekonomik geleceğini tayin hakkı da zikredilebilir. M.Kingisepp, The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights,

¹⁸ M.Kingisepp, The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights

¹⁹ S. Deutch, “Are Consumer Rights Human Rights?”, *Osgoode Hall Law Journal*, Volume 32, Number 3 (Fall 1994) Article, 4, s. 546.

lanmış ve belli bir gruba ait haklar değil, tüm insanlığa ait haklar olduğu belirtilmiştir. İkinci olarak, insan haklarının esas gayesinin bireyin refahı, onuru ve kişisel gelişmesi olduğu vurgulanmaktadır ve nihayet insan hakları güçlü devlete karşı ileri sürülebilen haklar olarak ortaya konulmaktadır.

Deutch, bir hakkın insan hakları olarak kabul edilmesinde kullanılan bu testleri tüketici haklarına uygulamış ve şu sonuca varmıştır:

Öncelikle tüketici hakları bireyin haklarıdır. Tüketiciler ayrı bir grup değildir ve her birey zaman zaman tüketici olabilir. Ürün ve hizmetin kişisel kullanıma ilişkin olarak her satıcı aynı zamanda tüketici durumundadır.

İkinci test ise insan onuru kavramından hareketle yapılmaktadır. Buna göre öncelikle insan onurunun insan hakları alanında gördüğü kabulün özellikle insan hakları belgelerinden hareketle altı çizilmektedir. Bu bağlamda tüketicinin haklarının korunması aynı zamanda onun onurunun korunması anlamına da gelmektedir. Örneklendirilirse adil bir ticaretin yapılmaması, adil bir sözleşmenin yapılmaması, mahkemeye giriş hakkının olmaması kişinin onurunu zedeleyecektir. Ve tüketici hakları diğer haklardan daha az önemli olmayacaktır.

Bir başka test ise insan haklarının güçlü devlet kurumuna karşı ileri sürülmesidir. Tüketici hakları ise büyük organizasyonlar, karteller, uluslararası şirketlere karşı ileri sürülmektedir. Bu organizasyonlar devletlerden daha az güçlü değildir. Bu durum ise taraflar arasındaki sözleşme dengesini bozmaktadır. Dünyada sınır ötesi ticaretin artması ve teknolojinin gelişmesine de tanıklık etmekte ve bu gelişmenin sonucu büyük şirketler ve riskleri de beraberinde getirmektedir. Bu eşitsiz ilişkinin ortaya çıkması tüketici haklarının anayasal ve insan hakları boyutunu gündeme getirmektedir.

Bu çerçevede yapılan test sonuç olarak, tüketici haklarını bir “insan hakkı” olarak kabule hizmet etmektedir.

Tüketici hakları alanında tartışılan meselelerden biri de söz konusu hakkın yeni bir insan hakları kategorisi oluşturup oluşturmadığı ve bu durumun uluslararası alanda tanınmasının yararlarıdır.

İnsan hakları birinci ikinci ve üçüncü kuşaktan oluşuyor. Acaba tüketici hakları başka bir kuşak mı?

Yukarıdaki tartışmalar ışığında, tüketici hakları evrensel haklar olarak kabul edilebilir. Öncelikle tüketici haklarının ve güvenlik standartlarının uluslararası rehber(guidelines) ve sözleşmelerde artan biçimde tanınması, genel olarak evrensel kabulü göstermektedir. İkinci olarak, güvenli ürün ve yargıya giriş bağlamında tüketici hakları insan onuru ve iyi olma halini sürdürmesine ilişkindir. Üçüncü olarak, bu haklar güçlü firmalar ve devlet tarafından keyfi müdahalelere karşı koruma getirmektedir.

Deutch'a göre ticaretin uluslararası bir hal alması şirketleri çok güçlü bir hale getirmekte ve serbest piyasa anlamıyla tüketici eşit şartlarda pazarlık halinde olamamakta ve bu durum bireyin özerkliğini ortadan kaldırmaktadır. Bireyi güçlü firmalara karşı koruma insan haklarının üçüncü özelliğini karşılamaktadır. Ayrıca ticaretin uluslararasılaşması tehlikeli veya hatalı ürünü sadece ulusal mesele olmaktan çıkarmakta ve tutarlı bir tüketici hakları standardı koruması uluslararası seviyede de gelişmek durumunda olmaktadır. Bu tartışma tüketici haklarının son teknolojik gelişmeler ve küreselleşme sebebiyle ortaya çıkan yeni bir insan hakları alanı ya da yeni jenerasyon insan hakları olarak kabul edilmesini önermektedir. Ancak konu halen tartışmalıdır²⁰.

Tüketici haklarının insan hakları ve ayrı kategori bir hak olarak kabul edilmesinde ortak kabul olmamakla beraber yaygın biçimde “ekonomik ve sosyal haklar” kategorisinde konuşlandırılmaktadır. Tüketici hakkını tanıyan anayasaların hakkı düzenlediği bölümler incelendiğinde bu sonucun pekiştiği görülmektedir. Örneğin Portekiz Anayasasının tüketici hakkını düzenleyen 60/1. Maddesi “ekonomik haklar ve ödevler kısmında yer almaktadır. İspanya Anayasasında ise tüketici hakları “ekonomik ve sosyal politikalar(m. 51) başlığı altında düzenlenmektedir. Polonya Anayasasının tüketici haklarına ilişkin 76. Maddesi ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kısmında yer almaktadır. Litvanya anayasası ise “ulusal ekonomi ve çalışma” başlığı altında tüketici haklarına yer vermektedir. 1982 Türkiye Cumhuriyeti anayasası ise “ekonomik ve sosyal haklar” arasında değil, “mali hükümler” arasında tüketicinin korunmasını bir hak olarak değil, ama devletin yükümlülüğü olarak düzenlemektedir. AB Temel Haklar Şar-

²⁰ I. Benöhr, EU Consumer Law and Human Rights, Oxford, 2013. S. 46 vd.

tında ise farklı olarak esas itibarıyla sosyal hakların yer aldığı “dayanışma” başlığı altında tüketicinin korunması düzenlenmektedir. Söz konusu 38. Maddeye göre “birlik politikaları tüketicilere yüksek düzeyde koruma” sağlayacaktır. Metinde ifade edilen “dayanışma” kavramından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. İfadenin hazırlık sürecinde veya ortak destekte kaynakların paylaşımı olarak yorumlanabileceğini ifade edilmekteler²¹.

Yukarıdaki arazi örnekler tüketici haklarının, farklı örnekler bulunsa da esas olarak “sosyal haklar” içinde değerlendirildiğini göstermektedir. Ancak sözkonusu hak aynı zamanda yaşama hakkı, adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü gibi temel haklarla yakın bağlantısı da göz ardı edilemez.

Tüketici Haklarının Uluslararası Boyutu

Uluslararası hukuk alanında doğrudan tüketici haklarını zikretmeden dolaylı koruma getiren sözleşmeler bulunmakta ve büyük ölçüde etkili de olmaktadır. Bunlar arasında öncelikle Türkiye’nin de taraf olduğu BM Ekonomik, Sosyal ve kültürel Haklar Sözleşmesi sayılabilir. Avrupa ölçeğinde ise İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı sayılabilir.

ULUSLARARASI HUKUKTA TÜKETİCİ HAKLARI a-BİRLEŞMİŞ MİLLETLER

1-BM Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar Sözleşmesi²²

Ekonomik sosyal ve kültürel haklar sözleşmesindeki bazı haklar tüketici haklarını da kapsamaktadır. Uygun yaşama standardı. 11/1²³; uygun giyecek, yiyecek ve barınma hakkı yaşama standardının artan iyileşmesi., güvenlik, enformasyon, adil ücret, tüketici haklarına ilişkindir. Sözleşmenin 12. Maddesinde yer alan fiziki ve mental sağlık çevrenin geliştirilmesini, sanayi hijyeni ve hastalıkların önlenmesini de içermektedir. Bire-

²¹ M. Kingisepp, The Constitutional Approach to Basic Consumer Rights”, <http://www.consumersinternational.org/who-we-are/consumer-rights/>, erişim tarihi 09.09.2015.

²² Sözleşmeyi Türkiye imzalamış ve onaylamıştır.

²³ 1. Bu Sözleşmeye Taraf olan Devletler herkeşe, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam standardına sahip olma sağlar. Bu standart, yeterli beslenmeyi, giyinmeyi, barınmayı ve yaşama koşullarının sürekli olarak geliştirilmesini de içerir. Taraf Devletler bu hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak için, kendi serbest iradelerine dayalı uluslararası işbirliğinin esas olduğunu kabul ederek, uygun tedbirleri alırlar.”

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

yin tehlikeli ürünlerden korunması tüketici hukukunun da amacıdır ve bu hükümler tüketici haklarını da korumaktadır.

BM ‘de tüketici haklarına ilişkin esas metin ise bu konuda hazırlanmış olan rehberdir.

2-Tüketici haklarının korunmasında BM Rehberi (BMTHKR)²⁴

BMTHKR BM genel kurulunda 9 Nisan 1985 de kabul edilmiştir²⁵. Tüketici haklarına ilişkin olarak doğrudan ve en önemli uluslararası belgedir. BM genel kurulunda “oybirliği ile kabul edilmesi anlamlıdır. Her ne kadar belge hukuken bağlayıcı olmamakla ve sadece siyasal ve moral bağlayıcılığı bulunmakla beraber oybirliği ile kabulü “uluslararası örf” oluşturacağı biçiminde yorumlanmıştır. 60 dan fazla ülke ve 170 tüketici organizasyonunun oluşturduğu Uluslararası tüketici birliği organizasyonunun faaliyet ve lobicilik faaliyetlerinin ürünü olan belge 10 yıllık bir çalışmanın sonunda kabul edilmiştir²⁶.

Rehberin 3. Maddesinde 6 temel ihtiyaç belirlenmiştir.

1-Tüketicilerin kendi sağlık ve güvenliklerine karşı tehlikelerden korunması,

2-Tüketicilerin ekonomik menfaatlerinin geliştirilmesi ve korunması,

3-Tüketicilere, kendi ferdi istek ve ihtiyaçlarına göre bilinçli seçim imkanı sağlamak için yeterli bilgilere erişim sağlanması,

4-Tüketici eğitimi,

5-Etkili bir hata telafi merciinin tüketicilere temini,

6-Tüketici ve diğer ilgili grup ve kuruluşların oluşturulması özgürlüğü ve bu gibi kuruluşların kendilerini etkileyen karar verme işlemlerinde kendi görüşlerini ortaya koyma fırsatı,

Bu ihtiyaçlar çerçevesinde devletlere 7 prensip getirilmektedir:

1- Fiziksel güvenlik

2- Tüketicilerin ekonomik çıkarlarının geliştirilmesi ve korunması

3- Mal ve hizmetlerde güvenlik ve kalite standartlarının formüle edilmesi

4- Zorunlu tüketici mal ve hizmetlerinin dağıtımını oluşumu

²⁴ I. Benöhr, EU Consumer Law and Human Rights, Oxford, 2013. s. 46.

²⁵Resolution 39/248.

²⁶ S. Deutch, “Are Consumer Rights Human Rights?”, **Osgoode Hall Law Journal**, Volume 32, Number 3 (Fall 1994) Article, 4, s. 564.

- 5- Tüketicilere tazmin imkanı sağlama tedbirleri
- 6- Eğitim ve bilgi programları
- 7- Yiyecek, su ve ilaçlara ilişkin özel tedbirler.-Temel ihtiyaçların karşılanması

Rehberde göre, devletler ekonomik ve sosyal durumlarına göre yedi konuda tüketici politikalarını geliştirmek durumundadırlar. Bu alanlar fiziksel güvenlik, tüketicinin ekonomik çıkarlarını korumak ve geliştirmek, tüketici mal ve hizmetlerinin kalite ve güvenliği standartlarının oluşturulması, tüketici için zorunlu mal ve hizmetlerin dağıtım olanakları, tüketicinin tazmin olanağının geliştirilmesi, tüketicinin eğitilmesi ve enforme edilmesi, su, yiyecek ve ilaç gibi belli alanlarda tedbir alma. Daha sonra 1999 rehber tüketici politikasına bir ilke olarak “**sürdürülebilir tüketim**” de ilave edilmiştir. Daha yeni olmakla beraber sürdürülebilir tüketim dünyanın ekolojik sisteminin gelişmesini amaçlaması bakımından üçüncü jenerasyon hak olarak sayılabilir. Sürdürülebilirlik kavramı tüketici yetkilerinin yeni algılanışını da göstermekte ve ayrıca temiz ve sağlıklı bir çevre konusunda sorumluluklar da içermektedir.

Rehber, özellikle gelişmekte olan ülkelere tüketici politikası ve yasaları konusunda temel amaçlar listesi vermektedir. Gelişmekte olan devletlerin tercih edilmesinin sebebi tüketicilerin sıkça pazarlık ve eğitim konusunda dengesizliklerle karşılaşmasındandır. Rehber özellikle tüketicinin zararlı olmayan ürünlere ulaşmasını sağlamak ve eşit ve sürdürülebilir ekonomik ve sosyal gelişmeyi sağlamaktır.

Rehber, bağlayıcı bir doküman olmamakla beraber uluslararası arası alanda ilk kez açıkça tüketici haklarını koruyan belgedir. Rehber konusunda tüketicinin korunması açısından sağlanan uzlaşma tüketici haklarının evrensel niteliğine de işaret etmektedir. Ayrıca tüketici haklarının insan hakları olarak kabul edilmesini de desteklemektedir. Rehberin bağlayıcı olmaması ve zorlayıcı mekanizmalarının bulunmaması gelecekte olmayacağı anlamına gelmemektedir. Bugün bağlayıcı birçok sözleşmenin temelinde bu tür bildireler bulunmaktadır.

Bir başka bakış açısı ile Rehberde tanınan bazı hakların BM sözleşmelerinde de tanındığı yani hukuken bağlayıcı olduğu da söylenmektedir. Örneğin rehberin 25. Maddesinde yer alan uygun yaşam standardı Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (BMESKHS) nin 11. Maddesinde yer almaktadır. Rehberin 10. Maddesinde

de yer alan fiziksel Güvenlik BMESKHS nin 12. Maddesinde sağlık hakkı biçiminde yer almaktadır. Tüketicinin ekonomik çıkarlarının korunması yine BMESKHS nde yer almaktadır.

Buna 1999 da “sürdürülebilir tüketim” eklenmiştir²⁷. 10-11 Temmuz 2012 de ad hoc tüketicinin korunması uzmanlar komitesi toplanmış ve yeni bir metin ortaya çıkarılmıştır. E-ticaret ve finansal hizmetler kısmı da eklenmiştir.

Sonuç olarak şu andaki rehberin kullanışlı ve geçerli olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca ilave olarak data koruma, tacizkar reklam, enerji sınır ötesi ticaret konusunda tartışmalar devam edecektir²⁸.

b- AVRUPA KONSEYİ

1-İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

Öncelikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin(İHAS) doğrudan tüketici haklarına yer vermediğini belirtmek gerekir. Ancak doğrudan olmasa da tüketicilerin haklarının korunması konusunda belki de en etkili yollardan biri İHAS sistemi olacaktır. Sözleşmede korunan haklar ekonomik ve sosyal haklar alanına ilişkin değildir. Ancak buna rağmen sözleşmede tanınan haklar üzerinden tüketici haklarının da korunması mümkün olabilmektedir. Adil yargılanma hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. Maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı tüketicinin etkili yargısal korunması anlamında da son derece önemlidir.

CASE OF PIASKOWSKI AND OTHERS v. POLAND²⁹

Olayda tüketici koruma Birliği başvuruçular adına 2001 Aralık ayında bir dava açmıştır. Mahkeme 15 Aralık 2003 de ilk duruşmayı yapmıştır. Ocak

²⁷ Sustainable consumption includes meeting the needs of present and future generations for goods and services in ways that are economically, socially and environmentally sustainable. E/1999/INF/2/Add.2, resolution 1999/7 Implementation report on the United Nations Guidelines on Consumer Protection (1985–2013).

²⁸ http://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd23_en.pdf, erişim tarihi 19.12.2014.

²⁹ Application no. 35431/05, 1 July 2008, FINAL, 01/10/2008. “İhlal tespitiyle sonuçlanan en kısa dava, HIV hastası başvuruçular tarafından açılan ve 2 yıl 4 ay süren iki dereceli yargılamadır (X / Fransa, 1982). Buna karşın ihlalin mevcut olmadığı tespitiyle sonuçlanan en uzun yargılama sekiz yıl süren iki dereceli bir yargılamadır. D.Vitkauskas-G Dikov Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Strazburg, 2012.

ayından Mart 2003'e kadar 2 duruşma yapılmıştır. 10 Şubat 2004 de Bölge Mahkemesi davalının iflasını ilan etmiştir. Sonuç olarak 4 Mart 2004 duruşmasında mahkeme kanuni prosedür kararı vermiştir. Prosedür 9 Mayıs 2007 de yeniden başlamıştır. 11 Mayıs 2007 de Bölge mahkemesi davaya devam etmemiştir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi öncelikle daha önceki kararları çerçevesinde “makul sürede yargılama” ya ilişkin ilkeleri hatırlatmaktadır. Davanın mahiyeti ve karmaşıklığı, başvuruçunun ve ilgili otoritelerin davranışları ve uyuşmazlıkta başvuruçular için neyin tehlikede olduğuna dayanarak her somut olay için belirlenmesi gerektiğini hatırlatmaktadır³⁰.

İHAM bölge mahkemesinin adli tasfiye için **üç yıl beklediğini**, ancak başvuruçunun durumuna ilişkin olarak bir durum tesbiti yapmadığını ifade etmektedir. Özellikle dava mahkemede bir kez görülmüştür ve bu başvuruçunun şikâyetinden iki yıl sonradır. Bu çerçevede yargılama prosedürü çok uzundur. Bu sebeple “makul sürede yargılama yapılmadığından adil yargılama hakkı ihlal edilmiştir.

CASE OF BEUMER v. THE NETHERLANDS³¹

Başvuruçunun doğuştan engelli olması nedeniyle sağlanması gereken imtiyazların sağlanması için başvurduğu kurulun ve yargı mekanizmalarının başvurusunu makul bir süre içinde sonuçlandırmaması sözleşmeye aykırı bulunmuştur. Süreç 16 Ağustos 1994 den 21 Haziran 1999 a kadar sürmüştür. Mahkemenin hesabı ile **4 yıl, 11 ay, 5 gün**. Sonuçta makul süreye yargılama hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

HEATHER MOOR & EDGEComb LTD v. UNITED KINGDOM³²

Kararda, finansal ombudsmanın kararını verirken kullandığı kriterler belirlenmiştir. Ombudsmanın tarafsız ve bağımsız olup olmadığı tartışması ise iç hukuk yolları tüketilmediği için yapılmamıştır.

Sonuçta adil yargılama hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Ancak kullanılan kriterlerle test edildikten sonra:

³⁰ Aynı yönde Pellegrin v. France [GC], no. 28541/95, ECHR 1999-VIII, Frydlender v. France [GC], no. 30979/96 § 43, ECHR 2000-VII ve Majewski v. Poland, no. 52690/99, § 36, 11 October 2005.

³¹ (Application no. 48086/99), 29 July 2003, Final 29.10.2003.

³² 1550/09 [2011] ECHR 1019

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

-ombudsmanın final kararına varması için başvuru için argümanlarını ortaya koyması adına yeterli fırsatlar verilmiştir.

Bay L tarafından Finansal danışmanın(HME) Finansal Ombudsman-Servisi(FOS) şikayet edilmesinde HME nin FOS dan istediği sözlü dinlenme talebi reddedilmiş ve o da iç hukuk yollarını tüketim İHAM a gitmiştir.

Mahkeme sözlü dinlenmenin reddinin ihlal oluşturmadığına karar vermiştir. Çünkü sözlü dinlemenin reddine ilişkin karar dayanaksız verilmemiştir.

“Hızlı ve formalite minimum anlaşmazlıkları çözmek için böyle Finansal Ombudsman Service (FOS) gibi bir mekanizma sağlayan bir yasa-ma politikası, finansal hizmetler ve yatırım danışmanlığı alanında **tüketicilerin korunması bağlamında uygunsuz değildir.**” Ombudsman kararında herhangi bir keyfilik yoktur.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ: Sözleşmenin 10. Maddesi ifade özgürlüğü kapsamında tüketicinin ve tüketici organizasyonlarının haklarını da korumaktadır. Özellikle tüketicinin enformasyona ulaşması ifade özgürlüğü bağlamında yazar ya da yayıncının tüketiciyi bilgilendirme yönündeki ifadeleri 10. Madde korumasından yararlanmaktadır.

Hertel v. İsviçre³³

Bay Hertel Teknoloji Zürih Federal Enstitüsü teknik bilimler bölümü mezunudur ve ve Veteriner Bilimleri Zürih Enstitüsünde lisansüstü tez yazmıştır. Şu anda emeklidir ve kendi laboratuvarında özel araştırmalar yürütmektedir. Hertel Lozan federal teknoloji enstitüsünde Mikrodalgada yiyeceklerin hazırlanması konusunda bir araştırma yürütmektedir. İki ayı aşkın süre boyunca sekiz gönüllünün kan değerleri test edilmiş ve mikrodalga enerjisinin gönüllülerin kanına geçtiği tesbit edilmiştir. Bu çalışma gazeteciler tarafından da basına “bilimsel kanıt mikrodalga tehlikesi” başlıkları ile yansımıştır.

Hertel’in çalışma yönteminin ve vardığı sonuçların Zürih federal teknoloji enstitüsü tarafından bilimsel olmadığı ifade edilmiştir. Federal rekabet mahkemesi tarafından Hertel haksız rekabet yasasını ihlal ettiğine

³³ Başvuru no: **59/1997/843/1049** , 25 Ağustos 1998.

karar verilmiştir. Hertel araştırma çalışmalarının mahkeme kararı ile sansürlendiği, mikrodalga fırınların halk sağlığına zararları konusunda kamuya açık tartışmalara katılmasının engellendiğini ve bunun ifade özgürlüğüne yapılan orantısız bir müdahale olduğunu ifade etmiştir.

Mahkeme başvurusunun araştırmasının bir kopyasını Franz Weber gazetesine göndermekten başka bir şey yapmadığını ifade etmektedir. Bu araştırmalar üzerine abartılarak bazı makaleler yazılmıştır. Ancak makalenin yayınlandığı gazetenin sirkülasyonunun 120 bin civarında ve çevre ve halk sağlığı konularına ilişkin olduğunu da belirtmiştir.

İHAM başvurusunun niyeti ile kendisine uygulanan sansür ve yasağı ve bunlara uymaz ise karşı karşıya kalacağı hürriyeti bağlayıcı cezayı dikkate aldığı **ifade özgürlüğünün ihlal edildiği** sonucuna varmıştır.

Markt Intern Verlag GMBH and Klaus Beerman v. Germany³⁴ kararında ifade özgürlüğünün rekabet hukukuna aykırı biçimde kullanılmasını sözleşmenin 10. Maddesi kapsamında korumuştur.

İlk başvuru Mark intern yayıncı firma diğeri ise onun baş editördür. Gazeteciler tarafından kurulan ve işletilen firma küçük ve orta ölçekli perakende işletmelerin çıkarlarını daha geniş ölçekli şirketlere karşı savunmaktadır. Daha küçük şirketlere denemeler, lobcilik, kamu otoriteleri siyasi partiler, ticaret birlikleri yasa teklifi veya yasama konularında finansal yardım sağlamaktadır. Ancak Mark Intern in esas aktivitesi bir çok mesleki bülten yayınlamaktır. Ofset baskı yapıp, açık abonelikte satılmaktadır. Bültende reklam yoktur, destekledikleri gruplar için makale yoktur. Okuyucu mektuplarına ilişkin ve bazı işlerin görülmesine ilişkin makaleler vardır. Bağımsız olduklarını söylemektedirler. Daha genel tüketici bilgileri içeren yayınlar da yapmaktadırlar. Yaptıkları boykot çağrıları sebebiyle veya başvurusunun yayınladıkları eleştirilerinden dolayı haklarında rekabet yasasına aykırılıktan dava açılmıştır.

Markt Intern in amacı kamuoyunu etkilemek veya harekete geçirmek değil, belli grupların ekonomik çıkarlarını korumaktır. Mahkeme bu ifadeyi de 10. Madde kapsamında görmüştür. Mark intern “Cosmetic Club International” hakkında onun uygulamalarını eleştiren birçok yazı yayınlamıştır. Yazıda bir müşterinin üründen memnun kalmamasına rağmen rek-

³⁴ Başvuru no: 10572/83 Judgement , 25 Ekim 1989.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

lamında belirtildiği gibi para iadesi almadığı belirtilmekte ve bunun üzerine bir yazı yayınlanmaktadır. Cosmetic Club bu çerçevede söz verdiği üzere memnuniyetsiz müşterilerin paralarını iade etmiştir. Bu rakam 1975 yılında 11.870 dir.

Tüketicilerin eleştirilerinin yayınlanmasının özel basın organları tarafından yayınlanması hem okuyucuların çıkarları, hem de iş aktivitelerinin şeffaflığı bakımından olumludur. Ancak, bu yayınlar doğru olsa bile başkalarının özel hayatının korunması, belli ticari faaliyet sırlarının korunmasına saygı görevi gibi konularla sınırlanabilir. Ek olarak doğru bir ifade çoğu kez ilave ifadeler veya değer yargıları ile sınıflandırılabilir. Olaydaki gibi bir durum kamuya açıklanmadan önce yoğun bir incelemeyi hak etmektedir. Aksi halde doğru tanımlar bile yanlış algılar yaratabilmektedir. Ticari meselelerde tüm bu faktörler dikkate alınmalı ve karar verilmelidir.

Somut olayda makale ticari bağlamda yazılmıştır. Markt intern Club ın rakibi değildir. Sadece kimyacıları ve güzellik ürünü perakendecilerinin çıkarlarını korumaya çalışmaktadır. Makale bazı doğru ifadeler içermekle beraber, Club ın güvenilirliğinden de şüphe etmektedir ve okuyuculara benzer tecrübeleri aktarmalarını salık vermektedir. Federal mahkeme olayı yazmak için yeterli sebep olmadığı kanaatindedir. Club durumu açıklığa kavuşturmak üzere acil inceleme başlatmıştır. Başvurucular da yeterli açıklık sağlanmadan Club ı eleştirmenin tamamen adil olmadığına katılmaktadırlar. Federal mahkeme bu tür yayınları “prematüre olarak nitelendirmektedir.

Mahkeme ödev- sorumluluk ilişkisini de dikkate alarak federal mahkemenin kararını haklı bulmuştur ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği kanaatine varılmıştır.

Kararın sonuç oylaması oldukça ilginçtir. 8 yargıç olumlu oy kullanırken diğer sekizi olumsuz kullanmıştır. Eşitlik başkanın oyu ile bozulmuştur. Bu sebeple mahkemenin bıçak sırtı kararlarından biridir.

X v. Church of Scientology v. Sweden³⁵

“Bugün Scientology teknolojisi kendi E-sayacınızın olmasını gerektirmektedir.(Hebbart sayacı) E sayacı bir elektronik cihazdır ve bireyin mental

³⁵ Başvuru no. 7805/77, Judgement, Mayıs 1979.

durumunu ölçmekte ve değiştirebilmektedir. f iyatı 850 crondur. Uluslararası üyelere %20 indirimli 780 Crondur.”

İnsan hakları Avrupa Komisyonu X v. Church of Scientology kararında başvuru kilisenin üyeleri arasında sirküle edilen bir süreli yayında reklam vermesini değerlendirmiştir.

Kilise ve kilisenin İsveç temsilcisi Pastör bu reklam üzerine Mahkemenin verdiği cezanın inanç ve ifade hürriyetini ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Ayrıca komisyon sözleşmeye taraf olan birçok Avrupa ülkesinin ticari ifadenin tüketicileri yanlış ve aldatıcı uygulamalardan korumak için serbestçe dolaşmasını sınırlayan yasal düzenlemelere sahip olduğunu belirtmektedir. Komisyona göre ticari ifadenin sınırlanmasındaki haklı sebep “başkalarının –tüketicinin- hakları”dır.

Komisyon kararında ticari ifadenin sözleşmenin 10. Maddesinde konulan ifade özgürlüğünün dışında olmadığını belirtmekle beraber siyasi ifade ile karşılaştırıldığında daha az koruma kalkanından yararlanmaktadır. Komisyon ticari ifade konusunda “demokratik toplumda gerekli olma” kriterinin de daha az katı yorumlanacağını belirtmektedir.

Derginin 300 adet basılmasına rağmen yerel mahkemenin reklamın daha çok kişiye ulaşmayı amaçladığı ve sadece kilise üyeleri ile sınırlı olmadığı kararı konusunda yerel mahkeme şu faktörleri göz önünde bulundurmuştur: Öncelikle dergi sadece üyelere dağıtılmakla beraber, üyeler tarafından başkalarını e-metre almaya yönlendirmek için kullanılabilir. İkincisi, reklamda elektronik sayacın satışı sadece kiliseye mensup olanlarla sınırlı değildir. Nihayet, reklamı okuyan uluslararası üyelik konusunda kitapları, teyp kayıtlarını ve sayacı daha ucuza alacakları için cesaretlendirilmektedir. Bu ifadeler de sadece kilise üyelerine yönelik değildir. Tüm bu değerlendirmeler ışığında yerel mahkeme reklamın tüketiciyi yanlış yönlendirdiği ve tüketicilerin korunmasının serbest piyasa için önemli olduğunu belirtmektedir.

Komisyon yerel mahkemenin sadece belli sözcüklerin kullanımını yasakladığı reklamı toptan yasaklamadığı ve bir ceza da vermediğinden hareketle sınırlamanın başkalarının yani tüketicilerin haklarını korumak için gerekli ve orantılı olduğuna karar vermiştir. Başka bir kararda ise bir organizasyonun piyasa uygulamasında tüketiciyi yanlış yönlendiren “ticari ifade” yi sınırlamayı kabul etmiştir.

Örgütlenme özgürlüğü: Sözleşmenin bir diğer ilgili maddesi 11. Madde-sidir. Bu hüküm tüketici örgütlenmeleri ve toplanmalarına olanak sağla-maktadır. Tüketici organizasyonlarının kurulması özgürce hizmet vermele-ri ve tüketici haklarını geliştirmek üzere serbestçe toplanmalarına olanak tanımaktadır. Bu sayılanların hiçbiri açıkça tüketici haklarını zikretme-mekle beraber dolaylı olarak tüketici haklarını da korumaktadırlar. Özel-likle sözleşmenin 6. Maddesindeki adil yargılanma hakkı tüketicinin mah-kemeye ulaşmasında önemli bir rol oynamaktadır³⁶.

Özel hayat hakkı:

Schlumpf v. Switzerland³⁷

Başvurucunun sağlık sigortası cinsiyet değiştirme operasyonunun tıbbi masraflarını karşılamayı reddetmektedir. Mahkeme hem özel hayat hakkı-nın hem de adil yargılanma hakkının mahkeme uzman dinlemeyi ve du-ruşmayı reddettiği için ihlal edildiği kanaatindedir.

Yaşam hakkı.

Volintiru v. İtaly³⁸

Başvurucunun 85 yaşındaki annesi Şubat 2007 tarihinde ciddi beyin rahat-sızlığı ile hastaneye kaldırılmıştır. ciddi neurological hasar ile birlikte hy-poglycaemia durumu koma hali, sağ akciğerde kan dolaşımı sorunu ve enfeksiyon ve idrar blokajı sorunları saptanmıştır. Yaklaşık bir ay sonra doktorlar hastaneden taburcu edilmesine karar vermişlerdir. Küçük iyileş-meler ve durumunun stable hale gelmesi dışında annenin sağlık durumu hala endişe verici boyuttadır. 10 Mart 2007 de koma halinde servise alınır. 19 Mart 2007 de hayatını kaybeder. Başvurucu özellikle annenin yaşamını korumak için gerekli tıbbi Müdahalenin yapılmadığından şikâyetçidir. Ay-rıca hastane şartlarının kötülüğü sonucunda kapılan enfeksiyonun annenin ölümüne yol açtığını etkili bir soruşturmanın da yapılmadığını iddia et-mektedir.

Dava devam etmektedir.

³⁶ I. Benöhr, EU Consumer Law and Human Rights, Oxford, 2013. s. 46.

³⁷ Başvuru no: 29002/06, 8 Ocak 2009, Final 5.06.2009.

³⁸ Başvuru no: 8530/08.

2- Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı ve gözden geçirilmiş şart tüketicici haklarına ilişkin doğrudan hüküm getirmemektedir. Koruma bu sözleşmeler çerçevesinde dolaylı olarak sözkonusu olmaktadır. Avrupa sosyal şartında Sağlıkın korunması adına 11. Madde³⁹ hatalı ve zararlı ürüne karşı güvence sağlamaktadır⁴⁰.

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA TÜKETİCİ HAKKI

1982 Anayasanın 172. Maddesine göre, “Devlet tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimleri teşvik eder”. Maddenin gerekçesinde tüketicinin korunmasının bir “serbest piyasa ekonomisi tedbiri” olduğu ifade edilmektedir⁴¹.

Tüketici haklarına ilişkin kararlar hem Anayasa Mahkemesi’nin norm denetimi yaptığı kararlarına konu olmaktadır. Hem de bireysel başvuru kararlarında tüketici haklarına dair kararlar bulunmaktadır.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI: HARÇ KARARI⁴²

Tüketici mahkemesine tüketici tarafından harç yatırmaksızın dava açılmasına ilişkin kuralın (23.2.1995 günlü, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un, 6.3.2003 günlü 4822 sayılı Yasa’nın 30. maddesiyle

³⁹ Madde 11. Sağlıkın Korunması Hakkı Akit taraflar, sağlıkın korunması hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere ya doğrudan veya kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde, diğer önlemlerin yanısıra, 1. Sağlıkın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak; 2. Sağlıkı geliştirmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluğu artırmak üzere eğitim ve danışma kolaylıkları sağlamak; 3. Salgın hastalıklarla yerleşik mevzii ve başka hastalıkları olabildiğince önlemek; üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt ederler. Metin için bkz. <https://www.csgeb.gov.tr/media/2077/avrupasosyalsarti.pdf>, erişim tarihi 13.4.2016.

⁴⁰ Türkiye Avrupa Sosyal Şartı ve gözden geçirilmiş protokole taraftır. Şartın denetimine ilişkin protokol Türkiye tarafından 6/10/2004 tarihinde imzalanmış ve 5546 sayılı ve 27/9/2006 tarihli kanunla onaylanması uygun bulunmuştur. R. G. 3 Ekim 2006, S.26308, Şart 01/08/2007 tarihinden beri Türkiye için yürürlüktedir.

⁴¹ Gerekeçede vurgulanan hususlardan biri de “tüketici bilincinin oluşması”dır. Ayrıca tüketicinin fiyat ve kalite açısından korunması, serbest rekabet şartlarının sağlanması, tekel ve kartellerin önlenmesi ile tüketici haklarının güvenceye alınacağı ifade edilmektedir. Devletin tüketici korumak amacıyla yayılar yapma dahil bazı araçlarla tüketicinin aydınlatılmasına ilişkin tedbirler de Danışma Meclisi gerekçesinde ifade edilmektedir. A. Sezer, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Beta, 2004, s. 346.

⁴² E. 2007/112, K. 2010/5, K. G. 14.1.2010, R.G.28 Nisan 2010, S. 27565
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

değiştirilen 23. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesi)⁴³ Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. İtiraz yoluna başvuran mahkeme anayasanın 2. 10. ve 172. Maddesine aykırılık olduğu iddiasındadır.

Anayasa Mahkemesi kararında “sosyal hukuk devleti” kavramından hareket etmektedir⁴⁴. Eşitlik ilkesi bakımından ise ilkenin “eylemli değil, hukuksal eşitlik” olduğunu vurgulamaktadır. Anayasada özel olarak korunan tüketicinin harç ödemeden dava açmasını bu sebeple eşitlik değerlendirmesi dışında tutmuştur. Bir tür pozitif ayrımcılık yapıldığı söylenebilir.

SONUÇ olarak kuralın oybirliği ile anayasaya uygun olduğuna karar verilmiştir.

BAZ İSTASYONLARI KARARI⁴⁵

Kişi sağlığı bakımından sakıncalı olabilecek baz istasyonlarının imar planı bakımından denetlenmesini olanaksız kılan yasal düzenleme⁴⁶ Yüksek Mahkeme tarafından anayasaya aykırı bulunmuştur. Karar sağlık hakkı ve sağlıklı çevre eksen alınarak verilmiştir ve dolaylı olarak tüketici haklarına da ilişkindir. Sabit elektronik haberleşme cihaz ve tesislerinin imar mevzuatına aykırı olarak kurulduğu gerekçesiyle uygulanan idari yaptırımların iptali istemiyle açılan davada 4.2.1924 günlü, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 16.6.2004 günlü, 5189 sayılı Yasa ile eklenen ek 35. Maddesinin anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

⁴³ “Tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davalar her türlü resim ve harçtan muaftır.”

⁴⁴ “Sosyal hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler olarak çalışanlarını koruyan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, iş ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.”

⁴⁵ E. 2006/129, K. 2009/121, K.G. 1.10.2009 R.G. 08.01.2010-27456.

⁴⁶ 'Elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan direk, kule, kulübe, konteynır, anten, dalga kılavuzu, enerji nakil hattı, alt yapı niteliğindeki tesisler gibi her türlü taşınır, taşınmaz mal ve teçhizat, kanun hükümlerine ve Kurum tarafından çıkarılan yönetmeliklere uygun olarak kurulmak ve Kurumdan gerekli izin, ruhsat veya sertifikaları almak şartıyla, 3194 sayılı İmar Kanunu ve İmar Kanununa dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde belirtilen yapı ruhsatıyesine ve yapı kullanma iznine tâbi değildir.'

Anayasa Mahkemesine göre söz konusu kural şu gerekçe ile anayasaya aykırıdır ve iptali gerekir:

“...düzenleme, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan müstakil yapıların imar planına uygunluğunun denetlenmesini olanaksız kılmakta, elektronik haberleşme cihazlarının mevcut yapılar üzerinde kurulması halinde ise bu yapıların ruhsata uygunluk denetiminin yapılmasına engel oluşturmaktadır.

Oysa yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni, imar hukuku yönünden planlamanın ve bu planlara uygunluk denetiminin yapılmasının ve bu suretle kamu yararının sağlanmasının başlıca araçlarından olup, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan yapılara ayrıcalık tanınarak bunların yapı ruhsatından ve yapı kullanma izninden istisna tutulması, bu yapıların imar mevzuatı kapsamı dışında tutulması anlamını taşımakta, elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan taşınır, taşınmaz mal ve teçhizatlar yönünden imar hukukunda denetimsiz bir alan oluşturmakta ve Devletin bu konudaki gözetim ve denetim görevini yerine getirememesine sebep olmaktadır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerine aykırıdır.”

SU HAKKI KARARI⁴⁷

Ankara 1. İdare mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi önüne getirilen başvuruda “%10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kâr oranı” esas alınır” ibaresini incelemiştir.

İptal talebi hükmün “belirlilik ve öngörülebilirlik” koşulunu gerçekleştirmediğinden hareketle Anayasa'nın 2. maddesine dayandırılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi “% 10 dan aşağı olmayacak nisbetinde” kısmını anayasaya aykırı görerek iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesi şu şekildedir. Belediyelerin bu konuda farklı miktarlar belirlemesini anlaşılır bulmakla beraber bu belirlemenin “**ölçülü ve adil**” olması şartı ile takdir yetkisine tabi olacağını ifade etmekte ve bu şekilde alt sınır getirilmesini belediyeler arasında farklılaşmaya olanak tanımadığı için iptal etmektedir. En az %10 kar edilir derken üst sınırın belirtilmemesi Anayasa mahkemesini rahatsız etmemiştir

⁴⁷ Karar Sayısı: 2012/16, Karar Günü: 26.1.2012, R.G. Tarih-Sayı: 21.07.2012-28360. YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Anayasa mahkemesi kararda “*bir kâr oranı esas alınır*” ibaresini ise anayasaya aykırı bulmamıştır. Anayasa mahkemesine göre sudan alınan bedel ücrettir ve belediyelerce sunulan hizmetlere karşılık talep edilen bedele ölçülü ve adil olarak belirlenen bir kâr oranının ilave edilmesinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır⁴⁸.

Anayasa Mahkemesi kararda bir hak olarak su hakkından, insan ve çevre bakımından öneminden bahsetmemiştir. Su için bir fiyat belirlense bile üst sınırının belirtilmemiş olmasının tüketici bakımından yaratacağı sorunlara dikkat çekmemiş ve sonuç olarak su tüketicisinin haklarının da korunmasına hizmet etmemiştir.

ADİL YARGILANMA HAKKI

Anayasa mahkemesi önüne gelen bireysel başvurularda tüketici mahkemelerinde görülen davanın niteliğini de dikkate alarak makul sürede yargılama yapılmadığına ilişkin kararlar vermiştir.

1-Başvurucu, 20/6/2007 tarihinde Şanlıurfa 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Tüketici Mahkemesi sıfatıyla) açtığı borçlu olmadığının tespitine ilişkin davada makul sürede yargılama yapılmadığını belirterek, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştü ve tazminat talep etmiştir. Dava sonunda, anılan tutarda borçlu olmadığının tespitine karar verildiğini, yargılamanın **5 yıl 9 ayda tamamlanmasının** Anayasa Mahkemesi makul sürede yargılanma hakkına aykırı bularak ihlal kararı vermiştir.

2- NATIK BIÇAK BAŞVURUSU⁴⁹nda Tüketici mahkemesinde açılan ve davada bir banka ile olan kredi ilişkisine dayanan menfi tespit talebiyle ilgili olarak davanın mahiyeti nedeniyle icrası gereken usul işlemlerinin niteliği başvuruya konu yargılamanın karmaşık olduğunu ortaya koymakla birlikte, davaya bütün olarak bakıldığında söz konusu **dokuz yıl bir aylık yargılama sürecinde**, makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.

⁴⁸ Su hakkı konusunda bkz. T. Şirin, Uluslararası Su Hakkı Sempozyumu, Diyarbakır 5-6 Kasım 2010, s-51.

⁴⁹ NATIK BIÇAK BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2013/1562, Karar Tarihi: 26/6/2014.

3-TAYLAN KAMIŞ BAŞVURUSU,⁵⁰ adil yargılanma hakkı bakımından tüketici mahkemelerinde yapılacak yargılamanın ivedilikle çözülmesine vurgu yapmaktadır.

“Adil yargılanma hakkı devlete, uyuşmazlıkların makul süre içinde sonuçlandırılmasını garanti edecek bir yargı sistemi kurma ödevi yükler. Tüketici mahkemesinde açılan alacak davasında derhâl bir yargı kararı verilmesinde, tüketici konumundaki başvuruçunun önemli bir kişisel yararı bulunmaktadır. Bu nedenle tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıkların ivedilikle çözülmesi hususunda yargı organlarının özel bir itina göstermesi gerekir.” Mahkeme “özellikle yargılamada sürati temin etmeye hizmet eden özel usul hükümlerinin dikkate alınmadığı” ndan hareketle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵¹.

4- DAVUT KOYUNCU BAŞVURUSU⁵²nda Anayasa Mahkemesi “kanun koyucu, tüketiciyi koruma amacını dikkate alarak genel mahkemelerin dışında özel bir tüketici davalarının yargılaması sistemi oluşturmuş ve bu davaların, konunun uzmanı mahkemelerce mümkün olduğunca hızlı, basit ve ucuz bir biçimde sonuçlandırılmasını amaçlamıştır “ gerekçesini de kullanarak makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

TOKİ KARARLARI

1- Göçmen Konutları Davası⁵³nda Başvurucu, Göçmen Konutları Projesi kapsamında alınan konut için avans olarak ödenen ve konut taksit ödemelerinden mahsup edilmeyen tutarın tahsili amacıyla Ankara 7. Tüketici Mahkemesinde açtığı davanın reddedildiğini belirterek, mülkiyet ve adil yargılanma hakları ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talep etmiştir.

Göçmen Konutları Projesi kapsamında avans olarak yaptığı ödemenin, davalı TOKİ'nin savunması doğrultusunda taksitlerden mahsup edilip edilmediği yeterince tartışılmamış, tarafların iddia ve savunmaları karşı-

⁵⁰ TAYLAN KAMIŞ BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2013/5709, Karar Tarihi: 17/3/2016.

⁵¹ Aynı yönde Güher Ergun ve diğerleri Başvurusu.

⁵² DAVUT KOYUNCU BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/1070, Karar Tarihi: 18.9.2014.

⁵³ Başvuru Numarası: 2013/4495, Karar Tarihi: 17.7.2014.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

lanmamıştır. Bu nedenle, yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvuruçunun **gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği** ne karar verilmiştir.

5 yıl 2 ay 22 gün süren yargılama sonucunda Başvurunun konusu olan alacak davasında yargılama sürecindeki gecikmeler ayrı ayrı değerlendirildiğinde, Mahkemece yapılan yargılama süreçleri ve temyiz süreçleriyle beraber yargılamanın makul olmayan uzun bir süre olan 5 yıl 2 ay 22 günde tamamlandığı görülmektedir. **Tüketici mahkemelerinde görülen alacak davalarının niteliği, başvuruçudan taşıdığı değer ve başvuruçunun davadaki menfaati dikkate alındığında, bu sürenin makul olmadığı açıktır.**

2- Göçmen Konutları davası- Bulgaristan'dan 1989 da zorunlu göçe tabi tutularak Türkiye'ye geldiklerini, Ankara Pursaklar ve Bursa Kestel'de Göçmen Konutları Projesi kapsamında konut sahibi olabilmek için belli miktarda avans olarak ödeme yaptıklarını, daha sonra da konutların taksitlerini ödediklerini ancak avans ödemesinin taksitlerden mahsup edilmediğini, yaptıkları ödemelerin iadesi amacıyla açtıkları davaların Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu kararlar sonucunda kabul edilmediğini, Yargıtayın verdiği kararlar dikkate alınarak dosyada aleyhlerine hiçbir delil veya rapor bulunmamasına rağmen İlk Derece Mahkemelerince davaların reddine karar verildiğini, temyiz üzerine aynı Daire tarafından gerekçe gösterilmeksizin hükümlerin onandığını, benzer iddialarla açılan davaların Derece Mahkemeleri ve Yargıtay tarafından daha önce kabul edildiğini, aynı binada yan yana dairelerde oturan kişiler için farklı sonuçların ortaya çıktığını, Yargıtay tarafından davanın tarafları arasında eşitsizlik oluşturulduğunu, eşitliğin kamu kuruluşu lehine bozulduğunu, avans olarak ödedikleri bedellerin iade edilmediğini belirterek mülkiyet ve adil yargılanma hakları ile kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşler⁵⁴

Anayasa Mahkemesi davanın esasını etkileyecek delillere mahkeme kararında dayanılmadığı için adil yargılanma hakkının, karmaşık olmayan

⁵⁴ VİLDAN TUNABOYLU VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2719, Karar Tarihi: 7.1.2016, Aynı yönde, SEYİTAHMET SEÇKİN VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2013/8637, Karar Tarihi: 7.1.2016, İBRAHİM ŞENDİL BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2013/4495, Karar Tarihi: 17.7.2014.

bu olayda yargılamanın bu kadar uzun sürmesinden makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir

3-Solmaz Erdinç Başvurusunda ⁵⁵ Başvurucu, TOKİ ile diğer karşı taraf yüklenici şirketler arasında yapılan sözleşme gereği yapılan binalardan bir daire satın aldığını, dairenin eksik ve ayıplı teslimi dolayısıyla açtığı davanın kısmen kabul edildiğini, TOKİ'nin taahhüt edilen kapalı yüzme havuzuna ilişkin sorumluluğu bulunmadığı sonucuna varılarak tarafına ödenmesine hükmedilen tazminattan kısmen sorumlu tutulduğunu, oysa reklamlarda kapalı yüzme havuzunun da vaat edildiğini ve TOKİ'nin de isminin geçtiğini, bu sebeple idareye güvenle hareket ederek söz konusu taşınmazı satın aldığını, derece mahkemelerinin hukuki görünüşün korunmasına ilişkin ilkeye aykırı karar verdiklerini, yüklenici şirketler TOKİ'ye vekâleten hareket ettikleri için esas olarak TOKİ'nin kapalı yüzme havuzundan da sorumlu olduğunu, somut olay, sözleşme ve kanun hükümlerinin mahkeme tarafından hatalı yorumlandığına ilişkin iddiaları açıkça dayanaktan yoksun bulunarak reddedilmiştir.

4- REMZİ KUŞ BAŞVURUSU ⁵⁶nda dava konusu sözleşmede yer alan hükmün haksız şart sayılıp sayılamayacağı konusundaki tespiti ve olayın taraflar arası sözleşme kapsamında yorumunun hâkimin takdir yetkinde kaldığından hareketle başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur.

SONUÇ olarak, tüketici haklarının gittikçe artan oranlarda anayasalarda tanındığı, bu alanda yasal koruma mekanizmaları getirildiği, mahkeme kararları ile hakkın koruma alanının geliştirildiği ve gittikçe uluslararası belgelerde doğrudan korunmaya çalışılan bir hak olarak ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. Üzerinde tam bir uzlaşma olmamakla beraber tüketici

⁵⁵ SOLMAZ ERDİNÇ BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2713, Karar Tarihi: 17.11.2014 Aynı Yönde FATMA TEKE BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2715, Karar Tarihi: 17.11.2014, MUAMMER KAHRAMAN BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2711), Karar Tarihi: 17.11.2014, FIRAT DURSUN BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2709, Karar Tarihi: 17.11.2014, BERNA TEZCAN BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2708, Karar Tarihi: 17.11.2014, AYŞE ÇOLAK BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/2287, Karar Tarihi: 17.11.2014, ALİ OSMAN KÖKSAL BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/1073, Karar Tarihi: 17.11.2014, DAVUT KOYUNCU BAŞVURUSU, Başvuru Numarası: 2014/1070, Karar Tarihi: 18/9/2014.

⁵⁶ **REMZİ KUŞ BAŞVURUSU**, Başvuru Numarası: 2013/731, Karar Tarihi: 8.5.2014. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

haklarının bağımsız bir insan hakları olarak gören yaklaşım hiç de dayanaksız değildir. Ayrıca hakkın yaşam hakkı adil yargılanma hakkı gibi birçok hak ile yakın bağlantısı da dolaylı bir koruma sağlamaktadır. Ticaretin küreselleşmesi uluslararası korumanın önemini arttırmaktadır.

Türkiye örneğinde anayasada zaten korunan tüketici hakları son tahlilde özellikle anayasa mahkemesine yöneltilen bireysel başvurularla anayasada ve İHAS nde tanınan haklarla bağlantılı olduğu ölçüde korunabilmektedir.

6502 SAYILI TÜKETİCİ KANUNUNUN SİGORTACILIK FAALİYETİNE ETKİLERİ (AB HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI)
(*EFFECTS OF THE LAW ON THE PROTECTION OF CONSUMERS, ACT NO.: 6502, ON INSURANCE ACTIVITIES (COMPARED TO EU LAW)*)

Prof. Dr. Ömer ÖZKAN¹

Av. / Aal. Ahmet KARAYAZGAN²

ÖZET

Gelişmiş ve gelişmekte olan birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de tüketici özellikle korumaya alınmakta ve bu korumanın kapsam ve sınırları her geçen gün giderek artmaktadır. Bunun son adımı 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren önemli değişiklik ve gelişmeleri de beraberinde getiren, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dur. Tüketici mevzuatı kapsamında bu gelişmeler olurken, sigortacılık mevzuatı alanında aslında bundan bağımsız ve tüketici ile sınırlı olmaksızın tüm sigorta ettiren/sigortalıları kapsamına alacak şekilde güçlü bir koruma getirilmiştir. Bu koruma, 2007 tarihinde yürürlüğe giren 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile yeni bir seviyeye taşınırken, 2012 yılında yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu ile daha da güçlenmiştir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ise, tüketici sigortalılar anlamında, sigortacılık mevzuatı dışında bir koruma getirirken, aynı zamanda mevzuat uygulaması bakımından çok başlılığı da beraberinde getirmiş olmaktadır. Sigortacılık ve Tüketici mevzuatındaki mevzuat gelişmeleri açısından en önemli ortak nokta, Avrupa Birliği müktesebatında tüketiciye ve sigorta ürünü/hizmetine dair kabul edilen prensip, kural ve gelişmelerin, iç hukuka

¹ İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve Meslek Yüksek Okulu Müdürü, **e-posta:** oozkan@ticaret.edu.tr

² LL.M (Özel Hukuk) ve Danışman, Türkiye Sigorta Birliği Hukuk Komitesi Raportörü, **e-posta:** ahmet@karayazgan.av.tr

yansıtılması çabasıdır. Bu kapsamda bu çalışmamız ile sigortacılık faaliyeti yönünden Tüketici Kanununun kabul ettiği esaslar ve uygulama usulleri, Sigortacılık Kanunu ve ilgili ikincil mevzuatında (“Sigortacılık Mevzuatı”) yer alan düzenlemeler ile birlikte değerlendirilmiştir. Bu esnada, AB mevzuatı kapsamında sigortacılık ve tüketici mevzuatı ilişkisi de yeri geldikçe bahsedilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Mesafeli satış, sigorta, tüketici, Finansal Hizmetlerin Pazarlanmasına İlişkin Yönerge, 6502 sayılı Kanun, Türk sigorta mevzuatı.

ABSTRACT

As is often the case in many developed and developing countries, in Turkey, also, the consumer is protected and the extent and limits of this protection is expanding day by day. The last step in this direction was the Law on the Protection of Consumers No 6502, which entered into force on 28.05.2014 and provided important changes and developments. While these developments were achieved within the scope of the consumer legislation, in the insurance legislation area a strong protection has been brought comprising all insurers/insured that is independent from this, and is not limited to the consumers. This protection has been brought onto a new level with the Law on Insurance- Act no 5684, which entered into force in 2007, it has been further reinforced with the Turkish Commercial Code which came into force in 2012. While the Law on the Protection of Consumers-Act. No.: 6502, provided a protection outside the insurance legislation for the insured consumer, it also has brought about diffused accountability in terms of implementation of the legislation. The most important issue on legislation developments that is common to both to the insurance and to the consumer legislations, is the effort to reflect the principles, rules and developments accepted for consumers and insurance products/services in the European Union, into the domestic law. In this context our study has been assessed together with the principles and the implementing procedures adopted by the Consumer Law on insurance activities and the regulations included in the Insurance Law and related auxiliary legislation (“Insurance Legislation”). Meanwhile an attempt has

been made to refer to the relationship between insurance and consumer legislation within the scope of the EU legislation.

Keywords: *Distance sales, insurance, consumer, Directive on distance marketing of financial products, Act No. 6502, Turkish insurance legislation.*

1. TÜKETİCİ MEVZUATI TARAFINDAN SİGORTACILIK FAALİYETİNE GENEL BAKIŞ

Tüketici Kanunu ile sigortacılık faaliyetinin açık bir şekilde mevzuat kapsamına tabi kılındığına dair bir tereddüt kalmamıştır.

Bu Kanun öncesinde, uzun süre Yargıtay, sigorta sözleşmelerinin Ticaret Kanununda düzenlenmesi nedeniyle ticari nitelik taşıdığını ve tüketici sözleşmesi olarak kabul edilemeyeceğini kabul etmiştir³. Aslında, sigorta mevzuatı ile sağlanan koruma, yeterli koruma sağlanmakta ve üstelik bu koruma sigorta sözleşmenin özellikleri dikkate alınarak sağlanmaktadır. Bu nedenle tüketiciyi korumak için öngörülen genel hükümlere nazaran sigortalıyı korumak için öngörülen hükümlerden yararlanılması daha doğru ve yerinde olacaktır⁴. Ancak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile yaşanacak bu yeni süreçte, uygulama ile zaman üzerine mevcut değerlendirme ve yaklaşımların ciddi anlamda değişmesi beklenmelidir.

Tüketici Kanunu, sigortacılık dâhil finansal hizmetleri de düzenleyen, genel gerekçesinde, kanun değişikliğine gidilmesindeki en önemli amaçlarından biri, AB'nin son dönemde çıkarmış olduğu, 2002/65/EU sayılı Finansal Hizmetlerin Pazarlanmasına İlişkin Yönerge, 2005/29/EU sayılı Haksız Ticari Uygulamalara Dair Yönerge, 2008/48/AT sayılı Tüketici Kredi Sözleşmelerine Dair Yönerge, 2008/122/EU sayılı Devre Tatil ve Uzun Süreli Tatil Ürünü, Yeniden Satım ve Değişim Sözleşmelerine Dair Yönerge, 2001/83/EU sayılı Tüketici Hakları Yönergesinin iç hukumuza aktarılması olduğunu belirtmektedir.

³ 11.HD., E.2000/10656, K.2001-197, T.18.01.2001: 27(2001) 6YKD. S. 855-857.

⁴ EKŞİ Nuray, Prof Dr., Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, 1 Baskı Ocak 2012, s. 18.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Bu çerçevede, Yönergelerin incelenerek iç hukukumuzun buna göre şekillendirildiği ifade edilmekle birlikte, sistematik olarak finansal hizmetlerin mesafeli pazarlaması ile Tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemeleri ayrı metinler halinde düzenleyen ve bu suretle ayırtıran sistematik yapısının⁵, iç hukukumuzda alınması sırasında terk edildiği ve genel tüketici mevzuatı koruması içerisinde finansal hizmetlerin de düzenlediği görülmektedir. Bunun en önemli olumsuz neticesi ise, finansal hizmetlerin de tamamıyla genel tüketici korumasına ilişkin hükümler içerisinde dâhil edilmiş olması ve buna karşılık, uygulanabilir duruma gelen birçok hükümün düzenlenmesinde finansal hizmetlerin dikkate alınmamış olmasıdır.

Diğer yandan bu aktarımın, örneğin sigortacılık alanındaki mevzuat dikkate alınmaksızın, sadece Tüketici Mevzuatı dikkate alınarak sınırlı bir kapsamda değerlendirme ve aktarımın yapıldığı anlaşılmaktadır.

Örneğin, 23.9.2002 tarihli Tüketicilere Yönelik Finansal Hizmetlerin Mesafeli Pazarlamasına İlişkin ve 90/619/EEU, 97/7/EU ve 98/27/EU sayılı Yönergeleri Değiştiren 2002/65/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi⁶ (“Mesafeli Pazarlama Yönergesi”), Sigortacılık Mevzuatı ve hatta kısmen de olsa, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu “Sigorta Kitabı” kapsamında, iç hukukumuzda büyük ölçüde ve hem de tüketici ile sınırlı olmaksızın geniş bir kapsamda aktarılmıştır. Bu Yönerge aktarılırken, aynı Yönergeyi dikkate alan ve düzenleme getirmiş Sigortacılık Mevzuatı kapsamındaki Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye Dair Yönetmelik⁷ dahil hiçbir ilgili düzenleme ve Ticaret Kanunu 1423. Maddesi⁸ ile

⁵ 13 Haziran 2014 tarihinden yürürlüğe giren Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 97/7/EC Yönergesi ve 85/577/EEC Konsey Yönergesini ve Konseyin ve Parlamentosunun 1999/44/EC sayılı Direktifi ve 93/13/EEC sayılı Konsey Direktifini değiştiren Tüketici Haklarına dair 25 Ekim 2011 tarihli 2011/83/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi (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) (“Tüketici Hakları Yönergesi”) 3. Maddesi d fıkrasına göre, finansal hizmetler Yönerge- nin kapsamı dışındadır.

http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/rights-contracts/directive/index_en.htm.

⁶ Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC.

⁷ RG 28.10.2007 – 26684.

yeterli irtibatı kurulmaksızın ve hatta hiç dikkate alınmaksızın bir düzenleme getirilmiştir. Oysa bu konuda ayrıntılı düzenleme çabasının, özel olarak düzenleme yapan Sigortacılık Mevzuatı kapsamında yapılması ve bunun için anılan mevzuata atıf yapılması veya saklı tutulması⁹ yeterli iken, aynı konuda bundan bağımsız, ikinci ve yer yer ayrışan bir düzenleme getirilmiştir. Üstelik sigorta şirketleri bu maddeleri uygularken, sigorta ettiren/sigortalının tüketici olup olmamasına göre bir ayırımı gitmeleri ve dikkate almaları gerekecektir ki, bu iki ayrı düzenlemenin birlikte uygulanmasını ve yorumlanmasını daha da güçleştirecektir.

Diğer yandan, örneğin “Taksitle Satış”ın düzenlendiği Tüketici Kanunu 17. Madde ve devamı hükümlerinin, finansal hizmet olarak sigorta sözleşmelerine uygulanmayacağı öngörülmediğinden¹⁰, Sigortacılık Mevzuatındaki karşılık düzenlemeler bir yana, primin çoğunlukla taksitle ödendiği sigorta ürününe ve sigortacılık hizmetine ne şekilde uygulanacağı mevcut hükümlerin sigortacılık uygulama ve teamüllerini dikkate almamış olması karşısında, uygulama ve hukuki yönden karşılaşılan önemli bir sorundur. Aynı şekilde, bir sigorta ürününde ayıplı hizmetin ne şekilde olacağı ve özellikle, Tüketici Kanunu 13. Maddesi kapsamında öngörülen neticelerin ne şekilde uygulanacağı ise çözülmesi kolay olmayan diğer benzer sorunlu bir alan gibi gözükmemektedir.

Ancak bu noktada, Sigortacılık faaliyetinin düzenleyici ve denetleyici makamı durumundaki Hazine Müsteşarlığı ve Sigortacılık Genel Müdürlüğü tarafından getirilen ikincil düzenlemelerle, Tüketici Kanunundaki sigortacılık faaliyetine dair eksik bakış tarzının, bu sefer Tüketici Mevzuatına karşı da gösterildiği görülmektedir. Örneğin Tüketici Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 28.05.2014 tarihinden kısa bir süre önce Hazine Müste-

⁸ Tüketici Kanunu Genel Gereğesinde, aynı esnada mevcut Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu tasarılarının varlığından ve bunlarında dikkate alındığından bahsedilmekte ise de, yeterince veya hiç dikkate alınmadığı ortadadır.

⁹ Sadece Tüketici Kanunu 49 (5). Maddesinde, sigorta sözleşmelerine ve bireysel emekliliğe ilişkin sözleşmelerde ise cayma süresi hakkında diğer mevzuatta yer alan tüketici lehine olan hükümler uygulanır denilerek özel düzenlemeler saklı tutulmuş olmasına karşılık, bunun dışında Tüketici Kanunu’nun sair hiçbir yerinde özel hükümler saklı tutulmamıştır.

¹⁰ Madde gereğesinde, finansal kiralama sözleşmeleri açıkça kapsam dâhiline alındığı ifade edilmesine karşılık, diğer finansal hizmetlerin kapsama alınmadığına dair bir düzenleme yer almamaktadır.

şarlığı tarafından yayımlanan Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik 11 'in gerek tanımlar maddesi 4 (f) maddesinde ve gerekse Tüketici Lehine Sigorta Sözleşmeleri, Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri' nin düzenlendiği 3. Bölümde, hemen bir ay sonra yürürlüğe girecek Tüketici Kanununun finansal hizmetlerin mesafeli satışlarına dair 49. maddesinin dikkate alınmadığı görülmektedir. Örneğin işin başlangıcı olan tanım maddesinden bu fark ortaya çıkmaktadır. Anılan yönetmelik 4(f) maddesinde, "Mesafeli sözleşme: Sözleşme taraflarınca karşı karşıya gelinmeksizin yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak kurulan sözleşmeleri" iken; Tüketici Kanunu 49. Maddesinde ise "Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme, finansal hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, sağlayıcı ile tüketici arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir." şeklinde tanımlanmaktadır.

2. SİGORTACILIK MEVZUATI AÇISINDAN TÜKETİCİ VE TÜKETİCİ MEVZUATININ YERİ

2007 tarihinde yürürlüğe giren Sigortacılık Kanunu, önceki 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun sigortacılık faaliyeti bakımından belirsizlik içerdiği bir sırada, Tüketici mevzuatının sigortacılık açısından uygulanabilir hükümlerine atıf yapılmak suretiyle Tüketici Mevzuatının uygulanması bakımından bir ilişki tesis edilmiştir. Sigortacılık Kanununda¹² yer alan bu düzenlemeler aşağıdaki başlıklar altında toplanabilir:

Sigorta Acentesi - Sigortacılık Kanunu 23 (9). Md. / acentelik faaliyeti nedeniyle sunulan hizmetleri, 4077 sayılı Tüketici Kanununun 4/a

¹¹ RG 28982 / 25.4.2014.

¹² Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik (RG 28982 / 25.4.2014) 8. Maddesinde tüketici lehine yapılan sigorta sözleşmelerinde bahsedilmekte ise de, bu "tüketici" ifadesinin Tüketici Mevzuatı anlamında bir tüketiciyi ifade etmediği ve tüketici lehine yapılan sözleşme kavramı, Türk Borçlar Kanunu'nda belirtilen üçüncü şahıs lehine yapılan sözleşmelerin bir uygulaması olup bu kapsamda akdedilen bütün sözleşmeler için geçerli olduğu Hazine Müsteşarlığı'nın 2014/22 sayılı Sektör Duyurusu ile ifade edilmiştir.

maddesi¹³ kapsamında ayıplı bir hizmet olarak kabul etmiş ve anılan hükmün sonuçlarına tabi olacağını düzenlemiştir. Bu düzenleme şekliyle, acentenin aracılık hizmetini, Tüketici Kanunu anlamında bir tüketici olup olmadığına bakılmaksızın tüm sigortalılara verdiği ayıplı vermesi için uygulanabilecek şekilde kaleme alınmıştır. Diğer yandan, bugüne kadar sigortalıların sigorta sözleşmesinde kaynaklanan ihtilaflarda doğrudan sigorta şirketinin sorumluluğuna gitmesi ve acentelerin sorumlu olabileceği durumlarda dahi, acente aleyhinde yasal süreçlere başvurmaması nedeniyle, 23. Maddenin 9. Fıkrasının uygulanmasına dair bir mahkeme kararı veya uygulamaya rastlanılmamıştır. Bununla birlikte, ayıplı aracılık hizmetinin ne olduğu, anılan hükmün ve özellikle sonuçlarının buna ne şekilde uygulanacağı ayrıca değerlendirilmesi gereken hukuki bir meseledir.

Sigortacılıkta Tahkim - Sigortacılık Kanunu 30 (14). Md. / Sigortacılık Kanunu ile öngörölmüş Sigorta Tahkim komisyonuna gidilebilmesinin ön şartlarından birisi, meselenin daha önce tüketici sorunları hakem heyetine intikal etmemiş olmasıdır. Bu şekilde alternatif yargı sistemleri arasında tüketici mahkemelerinin de varlığı kabul edilmektedir.

İyi Niyet - Sigortacılık Kanunu 32. Md. / İlan ve reklamlara ilişkin olarak şikâyetlerin, Tüketici Kanunu uyarınca faaliyet gösteren reklam kuruluna bildirim yapılması düzenlenmiştir. Buna göre, sigorta şirketleri ve aracılar, her çeşit broşür, izahname ve diğer belgeler ile ilan ve reklamlarını, taahhütleriyle sigortalıya sağlayacakları hak ve menfaatlerin sınır ve kapsamı dışında bir anlayışa neden olacak şekilde düzenleyemez ve kişi ve kuruluşlara gerçeğe aykırı, yanıltıcı, aldatıcı ve haksız rekabete yol açan beyanda bulunamaz. Bu hükme aykırılığın tespiti halinde durum, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca faaliyet gösteren Reklam Kuruluna bildirilir.

Sigortacılık Kanununda yer alan bu düzenlemelerin dışında, 2012 yılında yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu'nun "Sigortacılık Kitabı" kısmı, bir madde ile de olsa, Tüketici Mevzuatının sigorta sözleşmelerindeki varlığını açıkça ortaya koymuştur. Anılan maddeye göre,

Aydınlatma Yükümlülüğü – Ticaret Kanunu 1423.(3). Md. / Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliğinin düzenlemele-

¹³ Bu madde, yeni 6502 sayılı Tüketici Kanunu 13. maddesine karşılık gelmektedir. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

rini dikkate alarak tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirler.

3. TÜKETİCİ KANUNU'NUN UYGULAMAYA GEÇİRİLMESİNE DAİR ESASLAR

Her kanun değişikliğinde olduğu gibi, burada da yeni kanunun mevcut uygulamalar karşısında durumu ve akıbeti ne olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Buna cevap ise, Tüketici Kanunu Geçici 1. Maddesinde verilmiştir. Anılan madde gereğince aşağıdaki usul ve esaslar belirlenmiştir:

• Tüketici Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki tüketici işlemlerine, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına bu işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmiş ise *kural olarak* o kanun hükümleri uygulanır. Ancak:

❖ Tüketici Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulan ve hâlen geçerli sözleşmelerin bu Kanuna aykırı hükümleri yürürlük tarihinden itibaren uygulanmaz.

❖ Tüketici Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce işleme başlamış hak düşürücü süreler ile zamanaşımı süreleri dolmamış ise bu Kanunda öngörülen sürenin geçmesiyle hak düşürücü süre veya zamanaşımı süresi dolmuş olur.

• Tüketici Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olan davalar açıldıkları mahkemelerde görülmeye devam eder.

• Tüketici Kanununda öngörülen yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna dayanılarak çıkartılan yönetmelik ve diğer mevzuatın, bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır. Ancak işbu çalışma tarihi itibarı ile yeni yönetmelikler değişik tarihlerde yayımlanmış olmakla, söz konusu hüküm, kısa bir süre için uygulama alanı bulmuştur.

Bu çerçevede bu kanun değişikliği ve yeni kanunun uygulanmaya başlanmasına dair geçiş sürecinde hangi tüketici kanuna göre hareket edileceğinin tespiti bakımından, öncelikle işlemin tarihi ve/veya davanın tarihi ile Tüketici Kanununun yürürlüğe giriş tarih tespit edilmeli ve buna göre yukardaki fıkralar gereğine hak ve yükümlülükler tespit edilmelidir.

4. TÜKETİCİ MEVZUATINDA, SİGORTACILIK FAALİYETİ VE SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ VE UYGULAMA ALANI

Tüketici Kanununda sigortacılık faaliyeti ve sigorta sözleşmesinin, ilgili hükümler çerçevesinde nitelendirilmesi ve uygulanmasının şartları şu başlıklar altında toplanabilir:

4.1. Sigorta Sözleşmeleri, Tüketici İşlemidir.

Tüketici Kanunu 2 (1). Maddesi'ne göre, bu kanunun uygulama alanı, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsamaktadır.

Tüketici işlemi ise, yine aynı kanunun 3(1) maddesine göre, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade etmektedir¹⁴.

Bu tanım kapsamında artık sigorta sözleşmeleri de açıkça bir tüketici işlemi olarak kabul edilmiştir.

4.2. Sigorta, bir Hizmettir.

Tüketici Kanunu 3(1) maddesi (d) bendine göre, “Hizmet”, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu oluşturmaktadır.

Bu çerçevede, sigorta sözleşmesi de bir tüketici işlemi olarak, hizmet kapsamında yer almaktadır.

4.3. Sigorta, bir Finansal Hizmettir.

Tüketici Kanununda “Finansal Hizmetler”, tanımlar maddesinde değil, 49. maddesinde tanımlanmıştır¹⁵. Aslında bu şekilde bir tanımlama da kanun hazırlayıcının, sigortanın da içinde yer aldığı finansal hizmetleri, Tüketici

¹⁴ Tüketici Kanunu 3. Maddesi gerekçesinde, bu tanımlama ile uygulamada ortaya çıkan ve tüketici sözleşmelerinin kapsamını daraltan yorumların önüne geçilmiş olacağı ifade edilmektedir.

¹⁵ Tüketici Hakları Yönergesi 2. Maddesi 12. Fıkrası ve Mesafeli Pazarlama Yönergesi 2. Madde (b) bendinde yer alan tanım, iç hukukumuzda alınmıştır (“financial service” means any service of a banking, credit, insurance, personal pension, investment or payment nature.) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/> YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Kanununda ne şekilde konumlandırmak istediği konusundaki niyetinin de belirsizliğini ortaya koymaktadır.

Bu maddeye göre, finansal hizmetler, her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme ile ilgili hizmetleri ifade eder.

4.4. Tüketici Mevzuatının Sigorta Sözleşmelerine Uygulanabilmesinin Ön Şartı, Sigorta Ettiren/Sigortalıların “Tüketici” Vafında Olmalarıdır.

Her ne kadar, Sigorta sözleşmelerinde Tüketici Kanununun anlamında bir tüketici işlemi olarak kabul edilmekte ise de, Tüketici Kanununun sigortacılıkta uygulama alanı bulabilmesi bakımından diğer önemli bir koşul ise, sigorta ettiren/sigortalının, Tüketici Kanunu 3 (k) maddesi anlamında bir tüketici vasfına sahip olmasıdır.

Tüketici Kanunu 3 (k) maddesine göre, “Tüketici”, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir¹⁶. Anılan maddenin gerekçesinde, tanımlar maddesinde yapılan esaslı değişikliklerden birisinin, tüzel kişi kavramının tüketici kavramının dışında tutulması olarak ifade edilmekte ise de, maddedeki “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden” ifadesinden hareketle, burada kastedilen tüzel kişilerin, daha çok 6102 sayılı Ticaret Kanunu 16. Maddesinde sayılanların kastedildiği anlaşılmaktadır. Anılan 16. Maddeye göre;

- Ticaret şirketleriyle,
 - Amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve
 - Kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, İl Özel İdaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayıldıklarından,
- tüketici kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁷.

¹⁶ Oysa Mesafeli Pazarlama Yönergesinin 2. Maddesi (d). bendine göre, “tüketici”, bu Yönergede belirtilen sözleşmeler dâhilinde, kendi ticari amacı, zanaatı veya mesleği dışında sözleşme ilişkisine geçen **gerçek kişiyi** ifade etmekte, tüzel kişiler bunun dışında tutulmaktadır. (“**consumer**” means any **natural person** who, in distance contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are outside his trade, business or profession). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>

¹⁷ Bu noktada, 6102 sayılı Ticaret Kanunu 16 (2) maddesi hükmü bu değerlendirmede gözden kaçırılmamalıdır. Bu maddeye göre, Devlet, İl Özel İdaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazla
YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

Bu tanım, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 1496. Md. anlamında “Grup Sigorta Sözleşmeleri”nin söz konusu olduğu durumlara tam olarak cevap vermemektedir. Anılan maddenin 1. fıkrasına göre, en az on kişiden oluşan, sigorta ettiren tarafından, belirli kıstaslara göre kimlerden oluştuğunun belirlenebilmesi imkânı bulunan bir gruba dâhil kişiler lehine, tek bir sözleşme ile sigorta yapılabilir. Özellikle bir ticari şirketinin sigorta ettiren olduğu ve sigortalı olarak çalışanlarını tayin ettiği, sağlık veya hayat sigortaları yaptırdığı durumda, “tüketici” tanımı kime göre belirlenecektir. Diğer yandan bir de bu sigortalarda, 6102 sayılı Ticaret Kanunu 1493. Md.’ ye göre, gerçek veya tüzel kişinin lehtar olarak atandığı ve bunun da özellikle sigorta ettiren şirket olduğu veya sair tacir vasfındaki bir kişi olduğu durumlarda, tüketicinin olup olunmadığının tespiti daha da güçleşebilecektir. Bu durumda en basit çözüm, sigorta sözleşmesinde bedel veya tazminatın ödeneceği kimsenin, Tüketici Kanunu 3 (k) maddesine göre “Tüketici” tanımı içerisine girip girmediğinin tespiti ile karar verilmesi olacaktır.

4.5. Tüketici Mevzuatı, Kural Olarak, Açıkça İstisna Edilmediği Her Halde, Sigorta Sözleşmelerine Uygulanabilir.

Tüketici Kanunu, sigortacılık faaliyeti ve sigorta sözleşmeleri bakımından hangi hükümlerinin uygulanamayacağı yönünden sistemli bir düzenleme öngörmüş değildir. Bu durumda prensip olarak içerik olarak uygun düşen tüm hükümler, sigortacılık faaliyeti ve sigorta sözleşmeleri için de uygulanabilecektir.

Bu kapsamda bakıldığında, açıkça istisna edildiği tek madde, 6502 sayılı Tüketicinin Kanununun 47. Maddesindeki “İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler” olarak düzenlenmiştir¹⁸. Aynı maddenin 7. Fıkrası uyarınca, Gümrük ve Ticaret Bakanlığına, hangi sözleşmelerin kapsam dışında tutulacağı da dâhil ve bunula sınırlı olmamak üzere uygulama usul ve esaslarını yönetmelikle belirleme yetkisi verilmiştir. Bu yetki gereğince, İş Yeri

sını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmayacakları hüküm altına alınmıştır.

¹⁸ Tüketici Kanunu 47. maddenin gerekçesinde bu değişiklikten açıkça ifade edilmiş ve 25.10.2011 tarihli Tüketici Haklarına İlişkin 2011/83/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konsey Yönergesine uygun hale getirildiği ifade edilmektedir.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği¹⁹ 2. Maddesi 2. Fk (a) bendi gereğince, Finansal Hizmetler kapsamında sigorta sözleşmeleri için de bu Yönetmelik hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Aslında, sigortacılık faaliyetinin özellikle araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilen pazarlama ve satışının da iş yeri dışında kurulan sözleşmeler kapsamında gerçekleştiği de ve bu nedenle eğer bu istisna yer almasaydı, anılan hükmün getirdiği esaslar sigorta sözleşmelerine çok uygun olmasa da, uygulanmak durumunda kalacağını ve bu önemle yeni yönetmelikte de bu istisnanın korunmasının önemini ifade etmek gerekir.

5. TÜKETİCİ MEVZUATINDA BİR “GÜVENCE” OLARAK SİGORTA

Tüketici Kanunu, bazı satış türleri bakımından özellikle satıcı/sağlayıcının taahhütlerini iflas dâhil belirli nedenle yerine getirememesi durumuna karşılık, satıcı/sağlayıcıdan tüketiciye belirli türde teminatlardan birisini sağlaması öngörülmüştür. Bu kapsamda dünyadaki uygulamalar dikkate alınarak bina tamamlama sigortası da bir alternatif teminat olarak getirildiği ifade edilmektedir.

Bu çerçevede, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından projedeki konut adedi ya da projenin toplam bedeli kriterine göre belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için, Tüketici Kanunu 42. Md.’si gereğince, ön ödemeli konut satışları için ve 50. Madde 8. Fıkra ile²⁰ Devre Tatil ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri için satıcıya satışa başlamadan önce bir teminat sağlama zorunluluğu getirilmiştir.

Sigorta dışındaki teminatlar, anılan maddelerin gerekçesine göre, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenen hak ediş sistemi, bağlı kredi, ön ödeme tutarı gibi kalemler belirtilmiştir.

Satıcının hangi haller için bu teminatı sağladığı ise kanun maddelerinde net bir şekilde ortaya konulmuş değildir. Yine anılan maddelerin gerekçelerinde, tüketicilerin yapmış oldukları ödemeler karşılığında ya ödemelerini yaptıkları konutları edinmeleri ya da devre mülke sahip olmaları ve yahut ödemiş oldukları paraların güvence altına alınmak istendiği ifade edilmekte, bu durumun kaynaklanacağı nedenler arasında, satıcının

¹⁹ RG 29236 /14.01.2015.

²⁰ Bu konuda ayrıca, Devre Tatil Ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri Yönetmeliği (RG 29236/14.01.2015) yayımlanmıştır.

iflas halinden bahsedilmekte ise de, kanunda yer alan maddelerde bu konuda hiçbir sınırlama getirilmemiştir.

Yine anılan maddelere göre, bu maddeler kapsamında temin edilen bina tamamlama sigortası kapsamında sağlanan tazminat, teminat ve benzeri güvenceler iflas veya tasfiye masasına dâhil edilemeyecek, haczedilemeyecek, üzerlerine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konulamayacaktır.

Hazine Müsteşarlığı anılan sigortanın kapsamı, koşulları ve uygulama esasları, aynı maddeler gereğince belirleme yetkisine sahiptir. Bu kapsamda Hazine Müsteşarlığı tarafından ön ödemeli konut satışına ilişkin olarak Bina Tamamlama Sigortası Genel Şartları 11.03.2015 tarihinde yayımlanmıştır²¹. Bu genel şartlara göre sigortanın konusu, satıcının iflas etmesi veya gerçek kişi satıcının ölmesi ya da gaipliğine karar verilmesi sebebiyle, poliçede belirtilen ön ödemeli konut satışına konu projeyi, tamamlayamaması halinde, teminat hesabında belirtilen menfaat sahiplerine, bu genel şartlara ve poliçe özel şartlarına göre teminat sağlanması olacaktır. Bu sigorta ile sigorta şirketi, ön ödemeli konut satışına konu proje için poliçe düzenleyerek satıcıya genel bir teminat limiti tahsis edecek, proje kapsamında, tüketicilere konut satışı yapılmasından sonra ise konut bedeli üst sınır olmak üzere her bir tüketici için, müstakil teminat senedi düzenleyerek verecektir.

6. TÜKETİCİ MEVZUATINDA SİGORTAYA ZORLAMA YASAĞI

Sigortacılık Kanunu 32 Maddesi 5. Fıkrasında, kişilerin, sigorta şirketini seçme hakkının sınırlandırılmayacağı ve bir sözleşmenin unsurları içinde, taraflardan birinin bu sözleşmede yer alan herhangi bir hususta sigorta yapmaya zorunlu tutulduğu hallerde, söz konusu sigortanın belli bir şirkete yaptırılmasına ilişkin sözleşmeye konulmuş her türlü şartın hükümsüz sayılacağına dair bir yasak getirilmiştir. Buna benzer düzenleme, Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Yönetmeliği'nin 10. maddesinin 2 ve 3. fıkralarında getirilmiştir. Bu düzenlemelere göre ise, zorunlu veya ihtiyari sigortalarda, kredi kullanan kişinin sigorta şirketini seçme hakkı sınırlandırılmaz. Sigorta sözleşmesine veya kredi sözleşmesine sigortanın belirli bir sigorta şirketine yaptırılmasına ilişkin konan her türlü şartın hüküm-

²¹ Bu genel şartlar, Devre Tatil ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmelerini de içine alacak şekilde düzenlenmiş olup, 16.03.2015 tarihinden başlamak üzere yürürlüğe konulmuştur..

süzdür. Kredi kuruluşu, sigortanın kendisi veya başka bir sigorta aracı tarafından yaptırılabilceği hususunda kredi kullanımı bilgilendirir. Kredi kuruluşu, kredi kullanan kişinin başka bir sigorta şirketi veya sigorta aracı yoluyla yaptırdığı ve talep edilen teminatları kapsayan sigorta poliçesini kabul etmek zorundadır.

Oysa, Tüketici Kanunu, Sigortacılık Mevzuatındaki bu yasaktan farklı bir yasak daha getirmiştir. Tüketici Kanunu 29. Maddesinde ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği (“Kredi Yönetmeliği”)²² 26. Maddesinde, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri ve 38. Maddesinde ise Konut Finansmanı Sözleşmeleri için, tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılmayacağı düzenlenmiştir. Bu yasağın önüne geçebilmenin tek yolu ise, yine aynı maddelerde öngörüldüğü üzere, tüketicinin açık talebidir. Ancak böyle bir durumda dahi, yine sigortacılık mevzuatında öngörüldüğü şekilde, tüketicinin istediği sigorta şirketinden sağladığı teminat, kredi veren tarafından kabul edilmek zorundadır.

Tüketicinin kredi veren tarafından aracılık edilen sigorta şirketinden sigortayı almak istemesi durumunda ise, yukarıda bahsi geçen Kanun 29. (Kredi Yönetmeliği 26. Md) ve 38. Maddeler gereğince, bu sigortanın kredi konusuyla, meblağ sigortalarında kalan borç tutarıyla ve vadesiyle uyumlu olması gerekir. Bu maddenin açıklanması anlamında, Hazine Müsteşarlığı 2014/18 sayılı Sektör Duyurusunu 25.08.2014’de yayımlamıştır. Bu Duyuruya göre, “kredi vadesini tümüyle kapsayacak biçimde uzun süreli veya yenilemeli şekilde akdedilebilmesi ” hususunun, sigorta süresinin kredi vadesine eşit olmadığı ve yenilemeli şekilde akdedilen sigortalarda; son yenileme döneminde kredi vadesinin bitimine kalan süre dikkate alınarak, kredi vadesiyle sigorta süresinin uyumlu olmasının sağlanması ve bu anlamda, bir yıldan kısa süreli sigorta sözleşmelerin düzenlenmesi şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir²³.

²² RG 29363/22.05.2015.

²³ Ayrıca aynı Duyuruda Tüketici Kanun’un yürürlük tarihi itibarıyla mevcut kredilerle bağlantılı sigorta sözleşmelerinin kredi kalan borç tutarı ve kredi vadesi yönünden, en geç bir sonraki yenileme döneminde bağlantılı oldukları tüketici kredisi ve konut finansmanı sözleşmeleriyle uyumlandırılması gerektiğinden hareketle; bu anlamda kredi vadesi ile sigorta süresi uyumlu olmayan yıllık veya uzun süreli sigorta sözleşmelerinin, diğer gereklilikler saklı kalmak üzere, kredi vadesi sona erdiğinde, sigortalının talebi durumunda, prim iadesi yapılarak veya iştirah değeri ödenerek sonlandırılması gerektiği ve bu çerçevede
YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

Kredi Yönetmeliği 26. Maddesi 2. Fk.'sına göre, ayrıca kredi bağlantılı yapılan meblağ sigortalarında kredi borcunun belirlenen vadeden önce geri ödenmesi veya kredi borç yapısında değişiklik olması durumlarında sigorta sözleşmesi sonlandırılır. Ancak bu işlemlerin gerçekleştiği anda tüketicinin kredi veren tarafından ayrıca bilgilendirilmesi ve açık onayının alınması koşuluyla poliçe mevcut koşullarıyla devam ettirilebilir veya kredi borç yapısında gerçekleştirilen değişikliğe göre mevcut sigorta poliçesi teminat tutarları ve sigorta süresi yeniden düzenlenebilir.

Tüketici Kanunu 29. Maddesinde Tüketici Kredisi Sözleşmeleri ve 38. Maddesindeki yükümlülöklere aykırılık halinde, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından Tüketici Kanunu 77(3). md. si gereğince, aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen **her bir işlem veya sözleşme için** yine aynı maddede öngörölen idari para cezası (2016 için 1.162 TL.) uygulanacaktır²⁴.

7. TÜKETİCİ MEVZUATININ, SİGORTA SÖZLEŞMESİNDE BİLGİLENDİRME, TEKLİF VERİLMESİ VE KURULMASINA ETKİSİ

7.1. Sigorta Şirketinin Satıştan Kaçınması

Tüketici Kanunu değişikliği, Tüketici Kanunu 6. Maddenin içeriği anlamında ciddi bir değişiklik getirmemekte ise de, sigortanın da bir tüketici işlemi olarak hizmet sayılması karşısında, uygulanacağı aşıkârdır. Bu anlamda, sigorta şirketlerinin tüketiciye yönelik teklif süreçlerinin bu maddeye göre yeniden gözden geçirilerek, hizmetlerinin teşhir edilmesi şartlarını, red için gerekli haklı sebeplerin (sigortacılık uygulama ve teamülleri de dikkate alınarak) daha açık bir şekilde ortaya koyarak, revize etmeleri uygun olacaktır. Zira, anılan maddenin 2. Fıkrasına göre, haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamayacaktır.

de, sigorta şirketlerinin, acenteleri olan kredi kuruluşlarında bu uygulamalar yönünde tedbir almaları gerekli göröldüğü ifade edilmektedir.

<http://hazine.gov.tr/default.aspx?nsw=TrR3vg8KCNGoDQ4jjQvkw==H7deC+LxBI8=&mid=366&cid=35&nm=647>.

²⁴ Yukarıdaki madde gereğince idari yaptırım uygulanması, Tüketici Kanunu 77(20) madde uyarınca, diğer kanunlar gereği yani özellikle 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 34. ve 35. maddeler gereğince duruma göre, Hazine Müsteşarlığı ve/veya Savcılık tarafından yapılacak işlemleri ve uygulanacak idari /adli yaptırımları engellemeyecektir.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Bu maddeye aykırı davranılması halinde ise, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından Tüketici Kanunu 77.(1) md. si gereğince, yükümlülük- lere aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen **her bir işlem veya sözleşme için** yine aynı maddede öngörülen idari para cezası (2016 için 232 TL.) uygulanacaktır.

7.2 Sigorta Şirketinin Sipariş Edilmeyen Hizmetleri Sunması

Sigorta Şirketlerinin dikkate almaları gereken diğer önemli bir hüküm, Tüketici Kanunu 7. Maddesi gereğince, sipariş edilmeyen bir sigorta ürünü göndermeleri veya sunmaları durumunda, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri sürülemez olmalarıdır.

Bu hâllerde, tüketicinin sessiz kalması ya da mal veya hizmeti kullanmış olması, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı olarak yorumlanamayacaktır. Tüketicinin malı geri göndermek veya muhafaza etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.

Aynı maddenin (2). Fıkrasına göre ise, bir hizmetin sipariş edildiğini iddia eden (ki bu durumda sigorta şirketi olacaktır.) bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

7.3 Sigorta Şirketinin Ürünü, Koşula veya Başka Mal/Hizmetin Alınması Şartına Bağlama Yasağı

Sigorta Şirketlerinin teklif noktasında dikkate almaları gereken diğer bir hüküm, Tüketici Kanunu 6(3) Maddesi gereğince, aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep olmadıkça, sigorta ürününün satışını, o hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamayacak olmalarıdır. Örneğin belirli bir yerden “check up” hizmeti alınması karşılığında sağlık sigortası teklifinin değerlendirileceği ve sigorta sözleşmesinin yapılacağı gibi. Ancak bu türlü uygulamaların yapılabilmesi ve yapılmış olanlara devam dilebilmesi için “aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep” in ortaya koyabilmek bakımından, sigorta şirketlerinin uygulama ve teamüllerini daha belirgin ve açık bir hale getirmeleri ve her bir olayda haklı sebebi ortaya koyabilmek bakımından bilgilendirme formu dâhil tüm belgelerini ve uygulama süreçlerini gözden geçirmeleri ve geliştirmeleri uygun olacaktır.

Bu maddeye aykırı davranılması halinde ise, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından Tüketici Kanunu 77.(1) md. si gereğince, yükümlülük-

lere aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen **her bir işlem veya sözleşme için** yine aynı maddede öngörülen idari para cezası (2016 için 232 TL.) uygulanacaktır²⁵.

7.4 Sigorta Sözleşmeleri Primlerinin Taksitle Ödendiği Durumda Taksitle Satış Hükümleri Uygulanır.

Tüketici Kanunu 17. Maddesinde taksitle satış sözleşmeleri düzenlenmiştir. Bu madde taksitle satış sözleşmesi, taksitle satış sözleşmesi, satıcı veya sağlayıcının malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, tüketicinin de bedeli kısım ödediği sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Anılan madde ve gerekçesinde, hizmetin ifasının yapıldığı zamandan çok, tüketicinin ödeme şeklinin önem kazandığı ve ödeme eğer tüketici tarafından kısım kısım yapılmakta ise, o takdirde satış sözleşmesinin söz konusu olacağı ifade edilmektedir. Ayrıca, bu maddenin sigorta dâhil finansal hizmetler bakımından uygulanmayacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu durumda, sigorta sözleşmeleri primlerinin, poliçe üzerinde vadeli ödenmesinin öngörüldüğü durumlarda, ödeme şekli (kredi kartı, eft, nakit vs) ayrıca dikkate alınmaksızın, sigorta ettiren/sigortalının tüketici olduğu durumlarda, mesafeli satış sayılan haller dışındaki sigorta ürünü satışlarında, Tüketici Kanunu 17. Maddesi ve Taksitle Satış Sözleşmeleri Hakkında Yönetmelik²⁶ uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Bu çerçevede anılan maddenin getirdiği düzenleme ve sonuçların dikkate alınması uygun olacaktır.

Taksitle Satış Sözleşmeleri Yönetmeliği 5. Maddesinde, yazılı şekilde kurulması ve aksi takdirde geçerli olmayacağı şartının, sigorta mevzuatı anlamında poliçe verme mükellefiyeti ile birlikte değerlendirilmek suretiyle, elden veya mesafeli satışlarda kalıcı veri saklayıcısı ile verilmesi suretiyle gerçekleştirilmiş olacağının kabul edilmesi hukuken uygun olacaktır.

²⁵ Yukarıdaki madde gereğince idari yaptırım uygulanması, Tüketici Kanunu 77(20) madde uyarınca, diğer kanunlar gereği yani özellikle 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 34. ve 35. maddeler gereğince duruma göre, Hazine Müsteşarlığı ve/veya Savcılık tarafından yapılacak işlemleri ve uygulanacak idari /adli yaptırımları engellemeyecektir.

²⁶ RG 29236 / 14.01.2015. Bu yönetmeliğin 2. Maddesi 4. Fk. sına göre, kredi kartı ile yapılan alışverişlere bu Yönetmelik hükümleri uygulanmayacağı ifade edilmekte ise de, bu maddeden hareketle, sigorta sözleşmelerinde bir ödeme vasıtası olarak kredi kartının kullanıldığı hallerde, bunun bir alışveriş olarak kabulü ile kolaylıkla bu yönetmeliğin uygulanmayacağı sonucuna varmak güçtür.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Sigorta sözleşmelerinde, sağlık sigortaları veya bazı branşlarda peşin ödeme indirimi dışında, prensip olarak peşin ile vadeli ödeme arasında veya erken ödeme halinde, bir vade farkı veya indirim söz konusu olmamaktadır. Ancak bundan sonrasında sigorta şirketlerinin, bu türlü uygulamalarını gözden geçirmek suretiyle eğer bu türlü uygulamalar sahip veya yapmak niyetinde iseler, bu hususları bilgilendirme formu, teklif, poliçe ve özel şartlarında buna dair açık düzenleme getirmeleri uygun olacaktır.

Taksitle satışa ilişkin 18 (1). Maddeye göre, tüketici, yedi gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin taksitle satış sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, cayma hakkının kullanılma şekli öngörülmüştür. Buna göre, cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde sigorta şirketine yöneltilmiş olması yeterlidir. Sigorta şirketi, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür.

Bu durumda, primin taksitle ödendiği ve sigortalısının tüketici vasfında olduğu sigorta sözleşmelerinde, tüketici sigortalılar için 7 günlük cayma hakkı verilmesi gerekecektir. Bu durumun tüketicilere yönelik sigorta ürünlerinde hem bilgilendirme hem de poliçede düzenlenmesi uygun olacaktır. Bu cayma hakkı, sözleşmenin kurularak, poliçenin düzenlenip tesliminden, sigorta ücreti /prim peşinatının ödenmesi ile teminatın başladığı sürece kadar sigorta ettiren/sigortalı tarafından kullanılabilir.

Ancak altı çizilmelidir ki, sigorta ettiren/sigortalılara, tüketici olup olmadıklarına bakılmaksızın, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde aşağıdaki cayma imkânları getirilmiştir.

• Sigorta ettiren, sigortacının sorumluluğu başlamadan önce, kararlaştırılmış primin yarısını ödeyerek sözleşmeden cayabilir. Sözleşmeden kısmi cayma hâlinde, sigorta ettirenin ödemekle yükümlü olduğu prim, cayılan kısma ilişkin primin yarısıdır (TTK 1430. md.)

• Hayat Sigortalarının söz konusu olduğu durumda, sigorta ettiren, sigortacının kendisine cayma hakkını kullanabileceğini bildirmesinden itibaren 15 (onbeş) gün içinde sözleşmeden cayabilir. Bilgilendirme yapılmamışsa cayma hakkı, ilk primin ödenmesinden 1 (bir) ay sonra sona erer (TTK 1489. Md.).

• Sağlık Sigortalarının söz konusu olduğu durumda, sigorta ettiren/sigortalı, sözleşme tanzim tarihinden itibaren ilk (30) otuz gün içerisinde iptal talebinde bulunursa, ve bu süre içerisinde sigortalıya veya adına

herhangi bir tazminat ödenmemişse, ödenen primler beş iş günü içerisinde kesintisiz olarak iade edilir (Özel Sağlık Sigortaları Yönetmeliği 10(1). Madde).

Ancak tüketici vasfındaki sigortalı, ancak bu yukarıda sayılanlardan birisine sahip olmadığı veya onlara göre bu hakkın kullanılmasının daha uygun olacağı durumda, Tüketici Kanunu 18. Maddedeki cayma hakkı daha anlamlı bir hale gelebilecektir.

Anılan maddenin 3. Fıkrası gereğince, cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketici sigortalının onayı ile hizmetin ifasına başlanan yani peşinatın ödenmesi ile teminatın başladığı sigorta sözleşmelerinde ise, tüketici artık bu cayma hakkını kullanamaz.

Bu maddeye aykırı davranılması halinde ise, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından Tüketici Kanunu 77.(1) md. si gereğince, yükümlülüklerle aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için yine aynı maddede öngörülen idari para cezası (2016 için 232 TL.) uygulanacaktır²⁷.

7.5 Sigorta Sözleşmeleri, Tüketici Kanunu 47. Maddesine²⁸ Tabi İş Yeri Dışında Kurulmakta Olan Sözleşmeler Kapsamında Değildir.

Sigorta sözleşmeleri önemli ölçüde, işyeri dışında, tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında kurulmakta veya tarafların eş zamanlı fiziksel varlığında tüketiciyle işyeri dışında görüşülmesinin hemen sonrasında, sigorta şirketi veya aracısının işyerinde ya da herhangi bir uzaktan iletişim aracıyla kurulmakta olduğundan, Tüketici Kanunu 47. Maddesi tanımına girmekle birlikte, bu konudaki ilgili yönetmelik²⁹ 2. Maddesi 2. Fk. (a) bendi gereğince kapsam dışında tutulmuş olduğundan, Tüketici Kanunu 47. Maddesi sigorta sözleşmelerine uygulanmayacaktır.

²⁷ Yukarıdaki madde gereğince idari yaptırım uygulanması, Tüketici Kanunu 77(20) madde uyarınca, diğer kanunlar gereği yani özellikle 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 34. ve 35. maddeler gereğince duruma göre, Hazine Müsteşarlığı ve/veya Savcılık tarafından yapılacak işlemleri ve uygulanacak idari /adli yaptırımları engellemeyecektir.

²⁸ Maddenin gerekçesinde ortaya konulduğu üzere, 4077 sayılı Kanunda Kapıdan Satışlar başlığıyla düzenlenen hüküm başlığıyla birlikte "İşyeri dışında yapılan sözleşmeler" olarak değiştirilmiş ve 25/10/2011 tarihli Tüketici Haklarına İlişkin 2011/83/EU sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesine uyumlu hale getirilmiştir.

²⁹ Tüketici Kanunu 47. Maddesine dair İşyeri Dışında Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği (RG 29236 /14.01.2015).

7.6. Sigorta Ürünü, Sipariş Edilmeden ve/veya Talep Edilmeden Gönderilmesi Suretiyle Pazarlama Halinde, Tüketici Kanunu 7. Madde³⁰ Hükümüne Tabi Olur.

Sipariş Edilmeden ve/veya Talep Edilmeden Gönderilmesi Suretiyle Pazarlama konusuna dair Sigortacılık Mevzuatında bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, Tüketici Kanunu 7. Maddesinde düzenlenen bu husus, sigorta sözleşmelerinin açıkça istisna edilmemiş olması nedeniyle, benzer şartları taşıyan durumlarda sigorta sözleşmelerine de uygulanması gerekecektir.

Tüketici Kanunu 7. Maddesi 1. Fıkrasına göre, sigorta şirketi eğer sipariş edilmeyen bir sigorta ürünü gönderir, ya da hizmetleri sunar ise, tüketiciye karşı herhangi bir hak ileri süremez. Bu hâllerde, tüketicinin sessiz kalması ya da mal veya hizmeti kullanmış olması, sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanı olarak yorumlanamayacaktır (1. Fk). Anılan maddenin gerekçesine göre yapılan düzenleme ile tüketicinin, sipariş etmediği malların gönderilmesi veya hizmetlerin sunulması suretiyle bir borç altına girmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Diğer yandan, hizmetin sipariş edildiğini iddia eden, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (2. Fk).

Tüketici Kanununun, AB Mevzuatındaki düzenlemeleri kısmen iç hukukumuza aldığı ve önemli sayılabilecek düzenlemeleri ise dikkate almadığı görülmektedir.

Oysa AB Hukukunda, 2002765/EC sayılı Mesafeli Pazarlama Yönergesinde, bu konu iki madde halinde düzenlenmiştir. Anılan Yönergenin 9. Maddesinde Sipariş Edilmemiş Hizmetler (“Unsolicited Service”) açısından düzenlenmiştir. Buna göre, tüketiciye, özellik bu hemen veya vadeli bir şekilde ödeme talebini de içeren herhangi bir talebi olmadan tedarik edilen finansal hizmetlere izin verilmemelidir. Talep edilmemiş hizmetin gönderildiği durumda, tüketicinin onay vermediğine dair bir cevap vermesi yükümlülüğü bulunmamalıdır. Ancak Yönerge 9. Maddesi, iç hukuk hükümlerine göre geçerli bir şekilde kurulduğu mesafeli satışlardaki zımni yenilemeler (“tacit renewals”) bakımından uygulanmayacaktır.

Yönergenin 10. Maddesinde ise, Karşı Tarafın Rıza Olmadan Kurulan İletişim (“Unsolicited Communications”) düzenlenmektedir. Bu maddenin, insan dahlinin olmadığı, otomatik arama sistemleri (Otomatik

³⁰ Bu madde ile paralel bir düzenleme Tüketici Hakları Yönergesinin 27. Maddesinde yer almaktadır.

Arama Cihazları) ve faks ile yapılan aramalarını tüketicinin ön iznine tabi olduğu ifade edilmektedir. Bunun dışındaki bire bir aramanın söz konusu olduğu mesafeli iletişime ise, ancak tüketicinin onayının alınması veya en azından açıkça itiraz etmemesi durumunda izin verilebileceği düzenlenmektedir. Her şekil bu türlü iletişimlerde, bunu giderleri tüketiciye yansıtılamayacağı da açıkça düzenlenmektedir.

8. TÜKETİCİ KANUNU YÖNÜYLE SİGORTA SÖZLEŞMELERİNİN TABİ OLDUĞU TEMEL PRENSİPLER

Tüketici Kanunu 4. Maddesinde Tüketici Kanununda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler temel ilkeler ve 5. Maddesinde ise haksız şartlara³¹ dair düzenleme kabul edilmiştir. Sigorta sözleşmeleri de Tüketici Kanunu kapsamında yer alan bir sözleşme olması ve özellikle 49. Maddesinde finansal hizmetlere dair mesafeli sözleşmelere dair hüküm karşısında, sigortacılık mevzuatından düzenlenen prensipler yanında, kural olarak Tüketici Kanunu 4. Madde ve 49. Maddesinde³² düzenlenen ilkeler de sigorta sözleşmelerine uygulanacaktır. Haksız şartlar bakımından ise, Tüketici Kanunu 5. Maddesine göre³³ faaliyetlerini, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan sigorta şirketleri gibi kuruluşlar veya kişilerin, şirketlerin hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın bu madde hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Sigorta şirketleri, Sigortacılık Mevzuatı ve Ticaret Kanununda yer alan ilkeler dışında, aşağıda yer alan ilke, usul ve esaslara uymalıdır:

- Sözleşmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dille, açık, sade³⁴ ve okunabilir bir şekilde düzenlenmelidir (1. Fıkra)

³¹ Tüketici Kanunu 5. Madde 1. Fıkrasına göre, haksız şart, tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartları ifade etmektedir.

³² Bu madde ile kabul edilen ilkeler, aşağıda 10. madde altında incelenmiş ve ortaya konulmaya çalışılmıştır.

³³ Önceki Kanunun 6. Maddesi yeniden kaleme alınmıştır. Anılan maddenin gerekçesine göre, 5.4.1993 tarihli 93/13/EEU AB Yönergesinin iç hukuka aktarıldığı ifade edilmektedir. Bu hüküm, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik (RG 29033/17.06.2014) md.2(2). de de yer almaktadır.

³⁴ Sigorta sözleşmelerinin aslında birer genel işlem koşulu olduğu ve bu anlamda 6098 sayılı Borçlar Kanunu 20 ila 25. Maddelerde yer alan usul, esas ve sonuçlara da tabi olduğu *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

Sözleşme şartlarının yazılı olması hâlinde, tüketicinin anlayabileceği açık ve anlaşılır bir dilin kullanılmış olması gerekir. Sözleşmede yer alan bir hükmün açık ve anlaşılır olmaması

veya birden çok anlama gelmesi hâlinde; bu hüküm, tüketicinin lehine yorumlanır (5. Madde 4. Fıkra)³⁵.

• Sigorta şirketleri, sigorta sözleşmesine dair tüm belgelerde kullanılan yazı ve asgari karakterin büyüklüğüne riayet etmeleri gerekmektedir. Ayrıca, Sigortacılık Mevzuatında daha farklı öngörülen asgari punto büyüklükleri de saklıdır. Örneğin Kasko Sigortaları Genel Şartları A.7. maddesine göre, bu madde uyarınca sigorta teminatına ilişkin yapılan belirlemeler en az 14 punto büyüklüğünde harflerle poliçeye yazılmalıdır.

• Sözleşmelerin bir nüshası kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmelidir (4. Madde 1. Fıkra).

Sigorta şirketleri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu gereğince, sigorta ettiren/sigortalılara poliçe verme yükümlülükleri bulunmaktadır. Tüketici Kanunu ile getirilen fark bu sigorta sözleşmesini verme yükümlülüğünün, “kalıcı veri saklayıcısı” ile de yerine getirilebilmesidir. Bu sigorta sektörü bakımından da önemli bir hukuki gelişme olarak değerlendirilebilir.

Tüketici Kanunu 3. Maddesi 1. Fıkrası f bendinde “Kalıcı veri saklayıcısı”, Tüketicinin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortamı olarak tanımlanmıştır.

• Tüketicikle akdedilen sözleşmelerde yer alan haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (5. Madde 2. Fıkra).

ğu gözden kaçırılmamalıdır. Üstelik bu maddeler, tüketici olsun olmasın tüm sigortalılar bakımından uygulanacaktır.

³⁵ Bu anlamda, 6098 sayılı Borçlar Kanunu 23. Maddesi de hatırlatılmalıdır. Buna göre, genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.

- Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenecektir (5. Madde 6. Fıkra).

- Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez.

- Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez (5. Madde 3. Fıkra).

- Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez³⁶. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilir. Sözleşmede ön görülen koşullar, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemez (4. Madde 2. Fıkra)³⁷.

- Tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyen yasal yükümlü-

³⁶ Sigorta ettiren/sigortalı tüketici olsun olmasın uygulanacak 6098 sayılı Borçlar Kanunu 22. Maddesine göre, Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.

³⁷ Yine, 6098 sayılı Borçlar Kanunu 24. Maddesine göre, sigorta sözleşmesinde veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılacaktır.

lükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyenin kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez (4. Madde 3. Fıkra).

• Tüketici Kanununda düzenlenen sözleşmelere istinaden tüketiciden talep edilecek her türlü ücret ve masrafa ilişkin bilgilerin, sözleşmenin eki olarak kâğıt üzerinde yazılı şekilde tüketiciciye verilmesi zorunludur. Uzaktan iletişim aracılığıyla kurulan sözleşmelerde ise, bu bilgiler kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun şekilde verilir. Bu bilgilerin tüketiciciye verildiğinin ispatı sözleşmeyi düzenleyene aittir (4. Madde 4. Fıkra).

• Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir (4. Madde 5. Fıkra).

Bu maddeye aykırı davranılması halinde ise, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından Tüketici Kanunu 77.(1) ve (2). md. si gereğince, 4. ve 5. Maddelerdeki yükümlülükler aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen **her bir işlem veya sözleşme için** yine aynı maddede öngörülen idari para cezası (2016 için 232 TL.) uygulanacaktır³⁸.

9. SİGORTA SÖZLEŞMELERİ İLE BU BAĞLAMDA ALINAN DESTEK VE ANLAŞMALI KURUM HİZMETLERİNE DAİR AYIPLI HİZMET

Ayıplı Hizmet, Tüketici Kanunu 13. ila 16. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu maddenin, sigorta sözleşmeleri ve buna bağlı hizmetler bakımından da uygulanacağı açıktır. Ancak, bu maddede öngörülen çözüm ve sonuçların (özellikle Tüketici Kanunu 15. maddesindeki tüketicinin seçimlik hakları³⁹, zamanaşımı⁴⁰ gibi), sigorta sözleşmelerine ve sigortacılık

³⁸ Yukarıdaki madde gereğince idari yaptırım uygulanması, Tüketici Kanunu 77(20) madde uyarınca, diğer kanunlar gereği yani özellikle 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 34. ve 35. maddeler gereğince duruma göre, Hazine Müsteşarlığı ve/veya Savcılık tarafından yapılacak işlemleri ve uygulanacak idari /adli yaptırımları engellemeyecektir.

³⁹ Tüketici Kanunu 15. Maddesi 1. Fıkrasına göre, hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.

faaliyetine uygun ve uygulanabilir olduğu söylemek güçtür. Bu güçlük, aynı şekilde Sigortacılık Kanunu 23. Maddesinde sigortanın ayıplı hizmeti bakımından bu maddeye yapılan gönderme nedeniyle bu durumda da söz konusudur. Ancak hak sahipleri, acentenin ayıplı hizmetleri için de genellikle doğrudan sigorta şirketlerini muhatap alarak şirketlerin sorumluluğuna gittiklerinden, bu ikinci kısım güçlük çok fazla gündeme gelmemiştir. Ancak sigorta şirketleri bakımından ayıplı hizmetin ne şekilde uygulanacağı yönünden güçlüğü, ilerleyen zamanlarda oldukça sık bir şekilde gündeme geleceği düşünülmektedir. Bunun çözümü ise, hiç şüphesiz ki ortaya çıkan ihtilaflarda ya tüketici yargısı ya da genel yargı kararları ile ortaya çıkacaktır.

Mevcut şekliyle, sigorta şirketleri bakımından ayıplı hizmet, sigorta ürününün satışında olabilir. Zira Tüketici Kanunu 13. Madde 2. Fıkrasına göre, sigorta şirketi tarafından bildirilen, internet portalında veya reklam ve ilanlarında yer alan özellikler taşımayan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren sigorta ürünü ve hizmetler ayıplı sayılacak ve bu madde kapsamında neticelere maruz kalacaktır. Sigorta şirketleri için bu konuda diğer bir sorun noktası, hasar süreçleridir. Bu noktada, aynen tazminin söz konusu olduğu durumlarda, örneğin kasko sigortasında, tedarik edilen parça veya anlaşmalı kurumun kötü hizmet ifası ve hatta zorlama ile teminat dışında kalan durumlarda, kendisine doğru ürünün satılmadığı iddiası şeklinde gündeme gelebilir. Bu anlamda özellikle doğru ürün ve içeriği bakımında bilgilendirme daha da önem kazanmaktadır. Böyle bir ayıplı hizmet durumunda, ya derhal hasara konu hizmetin yerine getirilmesini rahatlıkla isteyebileceği, zarar ve ziyan hakkı saklı kalmak üzere sözleşmeden dönebileceği gibi, zamanaşımı süresinin uzunluğu dikkate alınırsa, poliçe süresince veya sonrasında zamanaşımı süresi içinde herhangi bir zamanda, seçenekler ortadan kalksa bile, en azından ücret indirimi şeklinde prim iadesi isteyebilmesi ihtimal dahiline girmektedir. Bu noktada sigorta şir-

⁴⁰ Tüketici Kanunu 16. Maddesi 1. Fıkrasına göre, kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı hizmetten sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, hizmetin ifası tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir. İkinci fıkrasına göre ise, ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.

ketleri bakımından özellikle hasar süreçlerinin, tüketicilere yönelik ürünler için gözden geçirilmesi ve bu ihtimallerin de düzenlenmesi yerinde olacaktır.

10. TÜKETİCİ MEVZUATI YÖNÜYLE SİGORTA ÜRÜNÜNÜN MESAFELİ SATIŞI⁴¹

10.1. Mesafeli Pazarlama ve Mesafeli Sözleşme Kavramları

Avrupa Birliği Hukukunda, sigortacılığın da içinde bulunduğu finansal hizmetlerin mesafeli pazarlamasına dair düzenleme, Tüketici Mevzuatının içinde yer almamakta ve ayrıca bir direktif ile düzenlenmektedir. Oysa iç hukumuzda, bu düzenleme, Tüketici Kanunu 49. Madde içerisinde bir madde olarak ele alınmıştır.⁴² Ayrıca bu konu, ilgili maddeye bağlı olarak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanan Finansal Hizmetlere İlişkin Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (“Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği”) hükümlerinde düzenlenmiştir⁴³

Tüketici Kanunu’nun, AB Mesafeli Pazarlama Yönergesinden ilk ayrıldığı nokta, kullandığı başlıktır. AB Yönergesinde, “tüketici finansal hizmetlerinin mesafeli pazarlaması” (“distance marketing of the consumer financial services”), Tüketici Mevzuatında “Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler” olarak ifade edilmiştir. Buna göre, Tüketici mevzuatı sözleşmeye yoğunlaşırken, AB Yönergelerin aslında faaliyete yönelmektedir. Ayrıca, Tüketici Kanunu, mesafeli hizmetler ve buna bağlı mesafeli sözleşmeleri tanımlarken, AB Yönergesi, Tüketicilere yönelik finansal hizmetler vurgusunu yaparak, bunlara bağlı mesafeli pazarlamaya yoğunlaşmaktadır. Sigortacılık Mevzuatında da “ Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik’te

41 Tüketici Kanunu 49. Maddesinde yer alan yükümlülüklerle aykırılık halinde, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından Tüketici Kanunu 77(1). md. si gereğince, aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için yine aynı maddede öngörülen idari para cezası (2014 için 200 TL.) uygulanacaktır. TKHK 77(20) ye göre Bu Kanuna göre idari yaptırım uygulanması, diğer kanunlar gereği yapılacak işlemleri engellemez.

42 Ayrıca, bu konuda, doğrudan çalışmamızın kapsamında olmamakla birlikte, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (RG 29166/5.11.2014) ile getirilen elektronik ticarete ilişkin esas ve usuller de gözden kaçırılmamalıdır.

43 RG 29253/31.01.2015.

(“Sigortacılık Yönetmeliği”) gerek yönetmeliğin başlığı ve gerekse 9. Maddesinde “Mesafeli akdedilen sigorta sözleşmeleri” ifadesi ile yine sadece sözleşme ile özgülendiği görülmektedir.

Tüketici Kanunu 49. Maddesi 1. Fk. ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği 4. (1) (b) bendine göre, “Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme, finansal hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, sağlayıcı ile tüketici arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır.

Buna karşılık, Sigortacılık Yönetmelik 4. Madde 1. Fk (f) bendinde ise, “mesafeli sözleşme”, sözleşme taraflarınca karşı karşıya gelinmeksizin yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer iletişim araçları kullanılarak kurulan sözleşmeler olarak tanımlanmıştır.

Bireysel Emeklilik Sözleşmeleri bakımından, Bireysel Emeklilik Sistemi Hakkında Yönetmelik (“Sistem Yönetmeliği”) ⁴⁴ 6. Maddesi 1. Fıkrası gereğince, işveren grup emeklilik sözleşmesi⁴⁵ hariç, emeklilik sözleşmesi, karşı karşıya gelinmeksizin şirketin İnternet sitesi veya çağrı merkezi yahut şirketçe yetkilendirilen çağrı merkezi aracılığıyla düzenlenebilir⁴⁶. Anılan maddenin 2. Fk.’sı ereğince, mesafeli satışta şirket, kişiyi 5 inci madde hükümlerine uygun şekilde bilgilendirir ve uygun bir emeklilik planı teklifi sunar. Katılımcı, emeklilik sözleşmesine, emeklilik planına ve sisteme ilişkin gerekli bilgilerin kendisine verildiğini teyit ederek teklifi çağrı merkezi veya elektronik imza aracılığıyla onaylar ve bu şekilde emeklilik sözleşmesi akdedilmiş olur. Onay işlemi gerçekleşmemiş tekliflere dayanılarak düzenlenen sözleşmeler yürürlüğe girmez ve şirketçe bunlar için hiçbir tahsilat yapılamaz. Şirket, onay işlemi müteakip beş iş günü içinde giriş bilgi formunu ve teklif formunu katılımcının tercihi doğrultusunda tanımlı elektronik posta adresine veya faksına yahut posta adresine gönderir.

⁴⁴ RG 28462/9.11.2012.

⁴⁵ İşveren grup emeklilik sözleşmesi, bir istihdam ilişkisine dayalı olarak veya katılımcı lehine bir sponsor kuruluş ile şirket arasında imzalanan ve katılımcı adına sponsor kuruluş tarafından katkı payı ödenen emeklilik sözleşmesidir (Sistem Yönetmeliği 4. Madde 4. Fıkrası).

⁴⁶ Sistem Yönetmeliği 4. Maddesi 3. fıkrası, Hazine Müsteşarlığınca uygun görülmeyen emeklilik planları ve fonlar mesafeli satışa konu edilemez.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Buna karşılık, 2002/65/EC sayılı AB Yönergesi'nin 2. Maddesi (a) bendinde ise "mesafeli sözleşme" çok daha detaylı tanımlanmıştır. Buna göre, "mesafeli sözleşme", münhasıran sözleşmenin kurulması dahil ve bu ana kadar mesafeli iletişime dair bu sözleşme amacıyla kullanılmak üzere sağlayıcı tarafından işletilen organize bir mesafeli satış veya hizmet sağlama yöntemi ("service provision scheme") çerçevesinde bir tüketici ile sağlayıcı arasında finansal hizmetlere dair yapılan bir sözleşmedir⁴⁷.

Bu tanımlardan da görüleceği üzere, iç hukukumuzdaki tanımlama, AB Müktesebatında yer alan tanıma nazaran tam anlamı ile örtüşmemektedir. Bu ise, hiç şüphesiz tanımdan hareketle yapılacak sözleşme şartlarının tayini açısından farklılıklar ortaya koyacaktır.

10.2. Mesafeli Sözleşmelerde Bilgilendirme

10.2.1. Bilgilendirmenin Konusu ve Kapsamı

Tüketici Kanunu 49. Maddesi 2. Fk.'sına göre, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerde, tüketicinin sözleşmenin kurulmasına ilişkin iradesini açıklamadan önce, cayma hakkı, tüketicinin kabul beyanı vermesi hâlinde yükümlülük altına gireceği ve ayrıntıları Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenen diğer hususlarda, açık, anlaşılır ve kullanılan iletişim araçlarına uygun bir şekilde bilgilendirilmesi zorunludur. Bu bilgilendirmenin ticari amaçla yapıldığı anlaşılır olmalı ve sesli iletişim araçlarının kullanıldığı hâllerde sağlayıcının kimliği ile görüşme talebinin sebebi her görüşmenin başında belirtilmelidir.

Tüketici Kanunu 49. Maddesi 7. Fk'sının verdiği yetki uyarınca Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği 5. Maddesinde ön bilgilendirme düzenlenmiştir. Bu düzenleme, sigorta ürünleri bakımından çift başlı bir düzenlemeyi de getirecektir. Zira sigortacılık mevzuatında bu hususlar detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu yönden sigorta sözleşmelerine dair sigortacılık mevzuatındaki hükümlerin saklı tutulması uygun olacaktır.

Sigorta Mevzuatı yönünden, genel bilgilendirme yükümlülüğü 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 11. Maddesi 3. Fıkrasında getirilmiş ve sigorta

⁴⁷ "Distance contract" means any contract concerning financial services concluded between a supplier and a consumer under an organised distance sales or service-provision scheme run by the supplier, who, for the purpose of that contract, makes exclusive use of one or more means of distance communication up to and including the time at which the contract is concluded.) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>

şirketleri ve sigorta acentelerinin, gerek sözleşmenin kurulması gerekse sözleşmenin devamı sırasında sigorta ettiren, lehtar ve sigortalıya bilgilendirme yapacakları ve buna ilişkin hususların ise yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu çerçevede Hazine Müsteşarlığı tarafından Bilgilendirme Yönetmeliği yayımlanmıştır.⁴⁸ Sigortacılık mevzuatında da mesafeli satışlarda bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır⁴⁹.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Sigortacılık Kitabında da mesafeli satış ile sınırlı olmamak üzere ancak onu da içeren bir şekilde, 1423. Maddesi ile “aydınlatma yükümlülüğü” getirilmiştir. Anılan maddenin 1. Fk.’sına göre, sigorta şirketi ve acentesi, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, gerekli inceleme süresi de tanınmak şartıyla kurulacak sigorta sözleşmesine ilişkin tüm bilgileri, sigortalının haklarını, sigortalının özel olarak dikkat etmesi gereken hükümleri, gelişmelere bağlı bildirim yükümlülüklerini sigorta ettirene yazılı olarak bildireceği ve ayrıca, poliçeden bağımsız olarak sözleşme süresince sigorta ilişkisi bakımından önemli sayılabilecek olayları ve gelişmeleri sigortalıya yazılı olarak açıklayacağı düzenlenmiştir.

Sigortacılık Yönetmeliği 9. Maddesi 1 fk.’sında, mesafeli akdedilen sigorta sözleşmeleri, ister doğrudan ister sigorta acentesi vasıtasıyla olsun, tarafların bir araya gelmeksizin uzlaşmalarına imkân sağlayan her türlü iletişim araçları kullanılarak akdedilen sözleşme olarak dolaylı bir şekilde tanımlanmıştır. Ardından aynı maddenin 4. Fk.’sı 1. cümlesinde, Bilgilen-

⁴⁸ Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Bilgilendirme Yönetmeliği (“Bilgilendirme Yönetmeliği”) RG 26684/28.10.2007.

⁴⁹ Mesafeli Satış ile ilgili başlıca ilgili sigortacılık mevzuatı aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

- Bilgilendirme Yönetmeliği ve buna bağlı 2008/12 ve 2012/9 No.lu Genelgeler.
 - Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik (“Mesafeli Sigorta Sözleşmesi Yönetmeliği”) RG 28892/25.04.2014.
 - Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri Kapsamında Gerekli Organizasyon ve Teknik Altyapı Hakkında Genelge (No. 2014/10)
 - Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri ile Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmeliğin Uygulanmasına Dair Sorulara İlişkin Sektör Duyurusu (2014/22) (“Sektör Duyurusu 2014/22”)
 - Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği (“Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Yönetmeliği”) RG.29294/13.3.2015.
- YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

dirme Yönetmeliği hükümleri, mesafeli akdedilen sigorta sözleşmeleri hakkında da uygulanacağı öngörülmek suretiyle, bilgilendirmenin gerekliliğini vurgulamıştır.

Bu konuda, AB Müktesebatında 2002/65/EC sayılı Yönergenin 3. Maddesinde bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, tüketici herhangi bir mesafeli sözleşme ile veya icap ile bağlı olmadan önce özellikle sağlayıcı: finansal hizmet, mesafeli sözleşme, cayma hakkı, mesafeli sözleşmenin tarafı olan tüketici için düzeltme veya mahkeme dışında şikâyet mercileri olsun veya olmasın ve olması halinde bu mercilere başvurma yolları hakkında bilgilendirilmesi istenmektedir. Ayrıca yine aynı madde gereğince, mesafeli iletişimde, ticari amaç açık bir şekilde belirtilmek zorunda olup anlaşılabilir şekilde yapılmalıdır. Özellikle bu iletişimin, ticari işlemlerdeki iyi niyet kurallarına ve onay veremeyenlerin, küçüklerin korunmasını düzenleyen, Üye devlet hukukuna getirilen düzenlemelere uygun olarak yapılması aranmaktadır.

Tüketicinin sözleşmenin kurulmasına dair kabul beyanı kullanılan iletişim araçlarına uygun olarak fiziki veya elektronik ortamda tespit veya kayıt edilir. Sağlayıcı, cayma hakkının iletilmesi ile fiziki veya elektronik ortamda yapılacak tespit veya kayıtlar için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Bu durumda, her ne kadar her iki mevzuatı yürütmekle yükümlü kamu kurumları farklı olması nedeniyle faaliyet hukuku anlamında her iki kuruma ayrı ayrı tabi olunacaksa da, sözleşme hukuku anlamında, tüketicilerin dahil olduğu bir mesafeli satış sürecinde, her iki mevzuatın da birlikte uygulanması gerecektir.

10.2.2. Bilgilendirmenin Şekli

Bilgilendirme Yönetmeliği 5. Maddesi 1. Fk.'sına göre, sigortacı, telefon, çağrı merkezi, internet ve benzeri iletişim araçları kullanılarak uzaktan pazarlama yöntemleriyle yapılan sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşme taraflarının fizikî olarak karşı karşıya gelmesinin ve işin gereği olarak yazılı bilgilendirme yapılmasının söz konusu olmadığı hâllerde yazılı bilgilendirme şartı aranmayabilir⁵⁰.

⁵⁰ Sigorta şirketi asgari bilgilendirmenin yapıldığını ispatla yükümlüdür. Bu kapsamda yer alan işlemlerin niteliği ile yapılacak bilgilendirmenin şekline ilişkin usul ve esaslar Hazine Müsteşarlığınca, 2008/12 ve 2012/9 No.lu Genelgeler ile belirlenmiş ve belirlenmeye *YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)*

Sigortacılık Yönetmeliği 6. Maddesinde ön bilgilendirme yöntemi düzenlenmektedir⁵¹. Bu düzenleme, sigorta ürünleri bakımından yine çift başlı bir düzenlemeyi de getirecektir. Zira sigortacılık mevzuatında bu hususlar detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu yönden sigorta sözleşmelerine dair sigortacılık mevzuatındaki hükümlerin saklı tutulması uygun olacaktır.

Sigorta mevzuatı yönünden, Sigortacılık Yönetmeliği 9. Maddesi 4. Fk'ına göre, elektronik ortamda yapılan sigorta sözleşmelerinde, bilgilendirmenin yapılmış sayılması, elektronik ortamda teyit edilmesine bağlıdır. Ancak, bilgilendirmeye esas hususların mesafeli sigorta sözleşmesi akdedecek olanların internet sitesinde yayımlaması ve sigorta sözleşmesinde yer almak isteyen kişilerin de bu bilgileri kendi hâkimiyet alanı içindeki herhangi bir elektronik ortama aktarma imkânının verilmesi durumunda, bilgi verme yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılır⁵².

devam edilmektedir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 1423. Madde 2. Fıkrası son cümlesinde de aydınlatma açıklamasının verildiğinin ispatının sigortacıya ait olduğu düzenlenmiştir.

⁵¹ Ön bilgilendirme yöntemi.

MADDE 6 – (1) Tüketicinin; finansal hizmetlerin sunulmasına ilişkin bir mesafeli sözleşmenin kurulmasına yönelik iradesini açıklamadan önce, 5 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen tüm hususlarda, kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, açık, sade, anlaşılabilir ve okunabilir bir şekilde sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bilgilendirilmesi zorunludur.

(2) Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmenin sesli iletişim araçları vasıtasıyla veya sınırlı alanda ya da zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla kurulması halinde, 5 inci maddenin birinci fıkrasının sadece (c), (ç), (h) ve (i) bentlerinde yer alan bilgilerin bu ortamda verilmesi yeterlidir. Ancak tüketici kredisi sözleşmelerinin bu araç veya ortamlar yoluyla mesafeli olarak kurulması halinde, ilgili mevzuatında yer alan ön bilgilerin tamamının, sözleşme kurulmadan makul bir süre önce yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile verilmesi zorunludur.

(3) Ön bilgilendirmenin kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak ticari amaçla yapıldığının anlaşılır olması gerekir. Sesli iletişim araçlarının kullanıldığı hallerde, sağlayıcı ya da temsilcisi, sağlayıcının ve sesli iletişimde bulunan kişinin kimliğini, bu kişinin sağlayıcıyla olan bağlantısına ilişkin bilgiyi ve görüşme talebinin sebebini her görüşme başında belirtmek zorundadır.

⁵² Aynı fıkraya göre, mesafeli akdedilen sözleşmelerde de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1424. maddesinde öngörülen poliçe verme yükümlülüğü devam eder. Sigorta sözleşmesinin elektronik ortamda akdedildiği hâllerde, Türk Ticaret Kanununun 1425. maddesine uygun olmak kaydıyla, sigorta ettirenin kendi hâkimiyet alanı içindeki herhangi bir elektronik ortama aktarma ve çıktı almasına imkân sağlayacak surette elektronik ortamda da poliçe düzenlenebilir. Bu durumda sigorta genel şartları bağlantı adresi gös-

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Bilgilendirmenin şekli bakımından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Sigortacılık Kitabın 1423. Maddesi 3. Fk.'sında Hazine Müsteşarlığı, çeşitli ülkelerin ve özellikle Avrupa Birliğinin düzenlemelerini dikkate alarak, tüketiciyi aydınlatma açıklamasının şeklini ve içeriğini belirleyeceği düzenlenmiştir. Gerçekte Hazine Müsteşarlığı, Ticaret Kanunundaki düzenlemeden çok öncesinde Sigortacılık Kanununun verdiği yetki uyarınca, 2008/7 sayılı Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmeliğin Uygulanması Hakkında Genelgesi ile bu örnek formları belirlemiştir. Bugün sigorta şirketlerince bu formlar sigorta ürünlerine göre geliştirilmek suretiyle uygulanmaktadır. Bu formlar, mesafeli sigorta sözleşmelerinin satışlarda da elektronik ortama taşınması suretiyle kullanılmaktadır.

Sözleşmeden kaynaklanan borçlar hakkında bilgi, sözleşmeden önce tüketicie bildirilmek kaydıyla, mesafeli sözleşmelere uygulanan hukuktan kaynaklanan sözleşmeden kaynaklanan borçlar ile uygun olarak yapılmalıdır.

Bu düzenleme karşısında, Sigortacılık Mevzuatı kapsamında yer alan düzenlemelerle birlikte konunun değerlendirilerek, özellikle tüketicilere yönelik sigorta ürünlerin bilgilendirme yapılma şekli bakımından geliştirmeler yapılmalıdır.

10.3. Mesafeli Sözleşmelerde, Sözleşmenin Tüm Şartlarını İletme Zorunluluğu

Tüketici Kanunu 49. Maddesi 3. Fk.'sına ve Mesafeli Sözleşme Yönetmeliği 7. Maddesi 1. Fk.'sına göre, sağlayıcının, sözleşmenin bütün şartlarını ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından belirlenen diğer hususları, kâğıt üzerinde veya "kalıcı veri saklayıcısı" aracılığıyla tüketicie iletmesi zorunludur.

Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi zamanı, yine aynı maddede belirlenmiştir. Buna göre, tüketicinin sözleşmeyi kuran iradesini yöneltmesinden önce veya tüketicinin talebi üzerine yazılı bilgilendirmeye elverişli

termek suretiyle de verilebilir. Ayrıca 9. maddenin 6. Fıkrasına göre, poliçelerin elektronik ortamda düzenlendiği hâllerde, şirketin poliçeyi imzalama yükümlülüğü "elektronik imza" ile yerine getirilecektir. Sektör Duyurusu 2014/22 'da, anılan "elektronik imza" ifadesinin, Türk Ticaret Kanunu'nun 1526. maddenin 2. fıkrasında yer alan "elektronik araç" ifadesine karşılık geldiği ifade edilmiştir.

olmayan bir “uzaktan iletişim aracı” kullanılarak sözleşmenin kurulması hâlinde sözleşmenin kurulmasından hemen sonra yerine getirilecektir.

Bu maddede dikkati çeken diğer bir husus bilgilendirmenin şekli bakımından, Sigortacılık Mevzuatı ve Ticaret Kanunda da yer alan düzenlemelerden farklı olarak "kalıcı veri saklayıcısı" kavramı getirilmiştir. Tüketici Kanununun 3. maddesi (f) fıkrasındaki tanıma göre, “Kalıcı veri saklayıcısı”, tüketicinin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmaya imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı ve benzeri her türlü araç veya ortam olarak tanımlanmıştır. Sigortacı tarafından bu araçların, tüketicilere yönelik sigorta ürünlerinde kullanılabilir bir bildirim şekli olarak hayata geçirilmesi düşünülmelidir.

10.4. Cayma Hakkı

10.4.1. Genel Olarak

Tüketici Kanununun 49. Maddesi 5. Fk.’sına ve Mesafeli Sözleşme Yönetmeliği 8. Maddesi 1. Fk.’sına göre, tüketici, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerden on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkına sahiptir. Sağlayıcı sigorta şirketi ve acentesi, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispatla yükümlüdür.

2002/65/EC sayılı AB Yönergesinin 6. Maddesi 1. Fıkrası birinci cümlesi gereğince, üye devletler, tüketicinin herhangi bir cezai şarta tabi olmadan ve gerekçe sunmasına gerek olmadan 14 gün içinde sözleşmeden cayma hakkı olmasını temin etmelerini öngörmüştür. İç hukukumuzun bu düzenleme itibarı ile AB Müktesebatı ile uyumlu hale getirilmiştir.

Ancak 2002/65/EC sayılı AB Yönergesi 6 maddesi 1. Fıkrası ikinci cümlesi gereğince, hayat sigortası veya bireysel emeklilik sözleşmeleri ile ilgili mesafeli sözleşmelerde, 30 güne uzatılması gerektiği şeklindeki düzenlemenin, Tüketici Mevzuatı ile iç hukukumuzda alınmadığı görülmektedir.

Buna karşılık Tüketici Kanununun 49. Maddesi 5. Fıkrası son cümlesine ve Mesafeli Sözleşme Yönetmeliği 8. Maddesi 1. Fk.’sı son cümlesine göre, sigorta sözleşmelerine ve bireysel emekliliğe ilişkin sözleşme-

lerde ise cayma süresi hakkında diğer mevzuatta yer alan tüketici lehine olan hükümlerin de saklı olacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, şu süre ve düzenlemeler de burada dikkate alınmalıdır:

Bu konuda 6102 sayılı Ticaret Kanunu 1489. Maddesinde, sigorta ettiren/sigortalı tüketici olsun veya olmasın, hayat sigortaları bakımından bir hak ve süre öngörülmüştür. Bu maddeye göre, hayat sigortalarında sigorta ettiren, sigortacının kendisine cayma hakkını kullanabileceğini bildirmesinden itibaren on beş gün içinde sözleşmeden cayabilir. Bilgilendirmenin yapıldığı sigortacı tarafından ispatlanır.

Son olarak cayma hakkının, sigorta şirketlerince, sigorta ürünlerinde ve özellikle bilgilendirme formlarında bu hakkın açıkça yazılması ve bilhassa başlangıcının netleştirilmesi uygun olacaktır.

10.4.2. Cayma Süresinin Başlangıcı

Tüketici Kanunu ve Sigorta Mevzuatında mesafeli sigorta sözleşmelerine tanınan cayma hakkı süresinin başlangıcı açıkça tanımlanmış değildir.

Mesafeli Sözleşme Yönetmelik 8. Maddesi 2. Fk.'sında, cayma hakkı süresinin başlangıcı, sözleşmenin kurulduğu tarihte başlayacaktır. Ancak sözleşmenin bütün şartlarının kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verildiği tarihin sözleşmenin kurulduğu tarihten daha sonra olması durumunda, cayma hakkı süresi, tüketicinin sözleşmenin bütün şartlarını edindiği tarihten itibaren başlayacaktır.

Buna karşılık 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Sigortacılık Kitabında, hayat sigortalarına dair 1489. Madde 1. Fıkrasında, sigorta ettiren, sigortacının kendisine cayma hakkını kullanabileceğini bildirmesinden itibaren 15 gün içinde sözleşmeden cayabileceği ifade edilmektedir. Bilgilendirme yapılmamışsa, cayma hakkı ilk primin ödenmesinden bir ay sonra sona erecektir.

Buna karşılık, 2002/65/EC sayılı AB Yönergesi'nin 6. Maddesi 1. Fıkrasına göre cayma hakkı için tanımlanan sürenin başlangıcı detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre sürenin başlangıcı; ya zaman limitinin, tüketicinin mesafeli sözleşmenin kurulduğuna dair bilgilendirildiği tarihten başlayacağı durumda, hayat sigortasına ilişkin olanlar hariç, mesafeli sözleşmenin kurulması tarihinden itibaren, veya bu tarihten sonra ise, tüketicinin bilgilendirme ve sözleşmenin genel ve özel şartlarını aldığı tarihten başlar.

10.4.3. Cayma Hakkının Kullanılması

Tüketici Kanununun 49. Maddesi 5. Fk.'sı 2. cümlesine ve Mesafeli Sözleşme Yönetmelik 9. Maddesi 1. Fk. sına göre, cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispatla yükümlüdür. Sigorta sözleşmelerine ve bireysel emekliliğe ilişkin sözleşmelerde ise cayma süresi hakkında diğer mevzuatta yer alan tüketici lehine olan hükümler uygulanır.

Ayrıca, cayma hakkının kullanılmasında tüketici, Mesafeli Sözleşme Yönetmelik ekinde yer alan formu kullanabileceği gibi cayma kararını bildiren açık bir beyanda da bulunabilir. Sağlayıcı, tüketicinin bu formu doldurabilmesi veya cayma beyanını gönderebilmesi için internet sitesi üzerinden seçenek de sunabilir. İnternet sitesi üzerinden tüketiciye cayma hakkı sunulması durumunda sağlayıcı, tüketicilerin cayma taleplerinin kendisine ulaştığına ilişkin teyit bilgisini, tüketiciye derhal iletmek zorundadır (Mesafeli Sözleşme Yönetmelik 9. Maddesi 2. Fk.).

10.4.4. Cayma Hakkının Kullanılmayacağı Haller

Tüketici Mevzuatı ve 6012 sayılı Türk Ticaret Kanununda cayma hakkının kullanılmayacağı haller düzenlenmemiştir.

Oysa AB Müktesebatında, 2002/65/EC sayılı AB Yönergesinin 6. Maddesi 2. fıkrasında bu haller sayılmıştır. Sigorta sözleşmeleri bakımından ilgili olabilecek iki durum; (b) bendinde seyahat ve bagaj sigortaları veya süresi 1 aydan az olan benzer kısa süreli sigorta sözleşmeleri ile; (c) bendinde yer alan, tüketicinin cayma hakkını kullanmadan önce, tüketicinin açık talebi ile sözleşme taraflarının eksiksiz ifa ettikleri sözleşmeler, olarak tanımlanmıştır.

Ancak tüketicinin sigorta sözleşmesinde cayma hakkını kullanamayacağı haller Mesafeli Sözleşme Yönetmeliği düzenlenmiştir. Bu kapsamda, Mesafeli Sözleşme Yönetmeliği 13. Maddesi 1 fk. 8 (b) bendi gereğince, diğer mevzuatta yer alan tüketici lehine olan hükümler saklı kalmak kaydıyla, geçerlilik süresi bir aydan az olan seyahat, bagaj sigortası poliçeleri veya benzeri kısa süreli sigorta poliçelerine ilişkin sözleşmelerde cayma hakkı kullanılmayacaktır. Bu suretle iç hukukumuz, AB Müktesebatı ile uyumlu bir hale gelmiştir.

10.4.5. Ödemelerin İadesi

Tüketici Kanununun 49. Maddesi 5. Fk.'sına göre, tüketici, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmelerden öngörülen süre içinde cezai şart ödemeksizin cayabileceği öngörülmüştür. Ancak bu ifadenin lafzına göre, cezai şart dışında bir kesintinin söz konusu olabilecektir.

Bunu destekler nitelikte bir hüküm, Mesafeli Sözleşme Yönetmeliği 10. Maddesi 1. Fk'sında getirilmiştir. Buna göre, cayma hakkının kullanılması durumunda, yan sözleşme⁵³ (ki bu sigortacılıkta destek hizmetler olarak yorumlanabilir) uyarınca ifa edilen hizmet bedelleri ile varsa bir kamu kurum veya kuruluşuna ya da üçüncü kişilere ödenmiş olan masraflar ile mevzuat gereği ödenmesi zorunlu olan bedellerinin tüketiciden ödemede bulunmasının istenebileceği düzenlenmiştir.

Ayrıca, aynı maddenin 1. Fk'sı son cümlesine göre, ödenmesi gereken bedel sözleşmede öngörülen hizmetin toplam bedeli ile karşılaştırıldığında, hizmetin ifa edilen payına düşen miktarını aşamaz ve herhangi bir şekilde bir cezai şart olarak yorumlanamayacağı prensibi de kabul edilmektedir.

Bu ödeme, tüketici tarafından cayma bildiriminin yöneltildiği tarihten itibaren en geç otuz gün içinde yapılacaktır.

Cayma hakkının yukarıda anılan şartlar içerisinde gerçekleştirilmemesi halinde müeyyide ise, yine aynı maddenin 1. Fk.'sı ikinci cümlesinde öngörülmüştür. Buna göre, bu süre içinde tüketicinin gerekli iade ve ödemeleri yapmaması halinde sözleşmeden caymadığı kabul edilir.

Buna karşılık, 2002/65/EC sayılı AB Yönergesi'nin 7. Maddesi 2. Fıkrasında, üye devletlerin, tüketicinin, sigorta sözleşmesinden cayma hakkını kullandığı durumlarda herhangi bir tutarda ödeme yapmaya tabi olmamasını sağlamaları yükümü getirilmiştir. Aynı maddenin 3. Fıkrasında ise, sağlayıcı baştan tüketiciyi gereğince bilgilendirmiş olması kayıt ve şartıyla, tüketiciden bir tutarın ödemesini talep edebilir. Bununla birlikte, tüketicinin öncesinde bir talebi bulunmuş olmadıkça, cayma süresinin sona ermesinden önce sözleşmenin ifasına başlandığı durumda, sağlayıcı, hiçbir tutar talep edemez.

⁵³ Yan Sözleşme, Mesafeli Sözleşme Yönetmeliği 4. Madde 1. Fk. (g) bendine göre, finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme ile ilişkili olarak; satıcı, sağlayıcı ya da üçüncü bir kişi tarafından sözleşme konusu mal ya da hizmete ilave olarak tüketiciyeye sağlanan mal veya hizmete ilişkin sözleşmeyi ifade etmektedir.

İç hukukumuzdaki mevcut düzenleme karşısında, AB Müktesebatının gerekliliklerinin tam olarak karşılandığı söylenemez.

10.5. Bilgilendirme Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları

10.5.1. İdari Yaptırımlar

a) Tüketici Kanunu 49. maddeye aykırı davranılması halinde ise, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından Kanunu 77 md. si 1. Fıkrası gereğince, 49. maddedeki yükümlülüklerle aykırı hareket edenler hakkında aykırılığı tespit edilen **her bir işlem veya sözleşme için** yine aynı maddede öngörülen idari para cezası (2016 için 232 TL.) uygulanacaktır ⁵⁴.

b) 6584 sayılı Sigortacılık Kanunu 34. Maddesi 1. Fıkrası (j) bendi gereğince, Bakanlar Kurulu, Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlık ve Hazine Müsteşarlığı tarafından Sigortacılık Kanunu'na göre alınan kararlara, çıkarılan yönetmelik ve tebliğlere ve yapılan diğer düzenlemelere uyulmaması halinde, Sigortacılık Kanununda ayrıca öngörülmüş bir cezanın olmadığı hallerde, bin Türk Lirasından onikibin Türk Lirasına kadar, idarî para cezası uygulanır.

10.5.2. Sözleşmesel Sonuçları

a) Sigortacılık Mevzuatı

Bilgilendirme Yönetmeliği 7. Maddesi 1. Fıkrasına göre, sigorta ettiren/sigortalı tüketici olup olmadığına bakılmaksızın, bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesi halinde; Sigorta sözleşmesinin müzakeresi, kurulması ve devamı sırasında, bilgilendirme yükümlülüğü gereği gibi yerine getirilmemiş veya sigortacı hakkında yanıltıcı bilgi verilmiş ya da bilgilendirme formu gereği gibi teslim edilmemiş yahut bilgilendirme formunda yer alan bilgiler gerçeğe aykırı şekilde düzenlenmiş ve bu hâllerden herhangi biri sigorta ettirenin kararına etkili olmuş ise, sigorta ettiren, sigorta sözleşmesini feshedebileceği gibi, varsa uğradığı zararın tazminini de talep edebilir.

⁵⁴ Yukarıdaki madde gereğince idari yaptırım uygulanması, Tüketici Kanunu 77(20) madde uyarınca, diğer kanunlar gereği yani özellikle 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 34. ve 35. maddeler gereğince duruma göre, Hazine Müsteşarlığı ve/veya Savcılık tarafından yapılacak işlemleri ve uygulanacak idari ve/veya adli yaptırımları engellemeyecektir.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

b) 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

Ticaret Kanunu'nun Sigortacılık Kitabı'nın 1423. Maddesinde aydınlatma açıklamasının verilmemesi hâlinde, sigorta ettiren, sözleşmenin yapılmasına 14 gün içinde itiraz etmemişse, sözleşme poliçede yazılı şartlarla yapılmış olur.

11. TÜKETİCİ KANUNUNDA SİGORTA HİZMETLERİNİN PAZARLAMA VE SATIŞINA DAİR USUL VE ESASLAR

11.1. İlan ve Reklam

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 32. maddesi 1. fıkrası son cümlesi gereğince ilan ve reklamlar, Tüketici mevzuatı kapsamında Reklam Kurulunun denetimine tabi kılınmıştır. Ayrıca, Hazine Müsteşarlığı tarafından yayımlanan 2007/13 sayılı Sigorta ve Reasürans Şirketlerinin Yayımlayacağı İlan ve Reklamlara İlişkin Genelge ile, sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin yapacağı ilan ve reklamlara dair ilkeler belirlenmiştir. Buna göre;

İlan ve reklamlarda, gerçeğe aykırı, yanıltıcı veya aldatıcı beyan ve tahminlere; dolaylı da olsa, sigortacılık sektörü ile sigorta şirketlerine ve reasürans şirketlerine yönelik küçük düşürücü veya kötüleyici ifadeler yer verilemez.

Karşılaştırma içeren ilan ve reklamlarda rakip ürün ya da kuruluş ismi belirtilemez veya bu hususları çağrıştırabilecek ifade yahut semboller kullanılamaz.

Resmi makamlarca veya uluslararası kurum ya da kuruluşlarca onaylanmamış, rakam veya veriye dayanmayan sübjektif ifade ve değerlendirmeler kullanılamaz.

Derecelendirmeye veya alınan ödüller ve yeterliliklere ilişkin ilan ve reklamlar, reklamı yapılan ödül ya da belgenin sorgulanabileceği veya konuya ilişkin verilerin doğrulanabileceği adres, internet adresi, telefon veya kurum adı gibi bilgilerin bir ya da bir kaçını vererek yapılır. İlan ve reklamlarda yer alan istatistik, rakam ve bilimsel çalışma sonuçlarından resmi olarak yayımlananlar, yayımlandığı resmi kaynağa dayandırılarak; diğer bilgi ve belgeler ise kaynak belirtilerek, olduklarından farklı anlamlara yol açmayacak şekilde kullanılır.

Sigorta sözleşmesinin yapılması şartıyla bir mal ya da hizmetin, söz konusu sözleşmeyi yapacak sigorta şirketi tarafından ücretsiz olarak sunulacağına taahhüt edilmesi durumunda, sunulacak mal ya da hizmetin türü,

miktarı, oranı ve yararlanma koşulları açıkça ve yanlış anlamaya yol açmayacak şekilde gösterilir.

Belirli bir dönem sonunda yapılacak ödemelerin garanti edilen kısım dışında muhtemel değerleri, taahhüt olmadıklarının açıkça belirtilmesi koşuluyla kullanılır.

Metinde kullanılan tüm ifadeler kolaylıkla okunabilecek düzende ve reklam metninin genel boyutuna uygun olacak şekilde hazırlanır.

Sigorta şirketleri ve reasürans şirketlerinin yapacağı, ilan ve reklam özelliğini taşıyan tüm tanıtıcı ve bilgilendirici yayımlar ile sigortacılık işlemlerinde kullanılan yayın, belge ve formüller hakkında da yukarıdaki ilkeler geçerlidir.

Sigortacılık mevzuatındaki bu düzenlemeler saklı kalmak üzere, tüketici olmayanlar için 32. madde gereğince dolaylı olarak ve tüketici vasfındaki sigorta ettiren/sigortalılar için ise her hâlükârda doğrudan, Tüketici Kanunu 61. madde gereğince uygulanacaktır. Tüketici mevzuatındaki ilan ve reklama dair düzenlemelerin yakından takip edilerek, uygulamalarda dikkate alınması gerekecektir.

Ticari Reklam, Tüketici Kanunu 61. Maddesi 1. Fıkrası gereğince, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurular olarak tanımlanmıştır.

Aynı madde gereğince, Reklam veren sigorta şirketleri, reklam ajansları ve mecra kuruluşları için sigortacılık ve sigorta sözleşmeleri bakımından da aşağıdaki prensip, usul ve esaslar dikkate alınmalıdır⁵⁵:

Ticari reklamların Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere, genel ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmaları esastır⁵⁶ (61. Madde 2. Fıkrası).

Tüketiciyi aldatıcı veya onun tecrübe ve bilgi noksanlıklarını istismar edici, can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürücü, şiddet hareketlerini ve suç işlemeyi özendirici, kamu sağlığını bozucu, hastaları, yaşlıları, ço-

⁵⁵ Aynı maddenin 8. Fıkrasına göre, ticari reklamlara ilişkin getirilecek sınırlamalar ile bu reklamlarda uyulması gereken usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

⁵⁶ Aynı maddenin 6. Fıkrasına göre, reklam verenler ticari reklamlarında yer alan iddiaların doğruluğunu ispatla yükümlüdür
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

cukları ve engellileri istismar edici ticari reklam yapılamaz (61. Madde 3. Fıkrası).

Reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir. Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır(61. Madde 4. Fıkrası).

Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir(61. Madde 5. Fıkrası).

Tüketici Kanununun 77 (12). maddesi gereğince, anılan 61 inci maddede belirtilen yükümlülöklere aykırı hareket eden reklam verenler, reklam ajansları ve mecra kuruluşları hakkında durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görölen hallerde de üç aya kadar tedbir olarak durdurma cezası uygulanır.

Ayrıca, Reklam Kurulu, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir⁵⁷.

11.2. Haksız Ticari Uygulamalar

Tüketici Kanunu 62. Maddesi ile kabul edilen haksız ticari uygulamalara dair usul ve esaslar, bir tüketici işlemi olarak Sigortacılık Faaliyeti ve Sigorta Sözleşmesi/ürünü bakımından da uygulanacaktır⁵⁸.

⁵⁷ Aykırılığın türüne göre (2016 yılı için);

- Yerel düzeyde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise 11.625 Türk Lirası,
- Ülke genelinde yayın yapan televizyon kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise 232.508 Türk Lirası,
- Süreli yayınlar aracılığıyla gerçekleşmiş ise yukarıdaki bentlerde belirtilen cezaların yarısı,
- Yerel düzeyde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise 5.812 Türk Lirası,
- Ülke genelinde yayın yapan radyo kanalı aracılığı ile gerçekleşmiş ise 58.127 Türk Lirası,
- İnternet aracılığı ile gerçekleşmiş ise 58.127 Türk Lirası,
- Kısa mesaj aracılığı ile gerçekleşmiş ise 29.063 Türk Lirası,
- Diğer mecralar aracılığı ile gerçekleşmiş ise 5.812 Türk Lirası,

idari para cezası verilir. Reklam Kurulu, idari işleme konu ihlalin bir yıl içinde tekrar edilmesi halinde yukarıda belirtilen idari para cezalarını on katına kadar uygulayabilir.

⁵⁸ Haksız ticari uygulamanın reklam yoluyla gerçekleştirdiği hallerde Tüketici Kanununun 61 inci maddesi hükümleri uygulanır.

Anılan maddenin gerekçesine göre, tüketici işleminde, tüketicinin karşısında bulunan, satıcı, sağlayıcı gibi ticari uygulamada bulunan taraftan tüketicinin kararını etkileyebilecek her türlü haksız ticari uygulamanın yasaklandığı ve bunun önlenmesi ile tüketicilerin bilinçli olarak karar vermelerine imkân tanınabilmesi ve aksi halde vermeyeceği bir satın alma kararının önüne geçilmesinin sağlanacağı ifade edilmektedir.

Aynı maddenin 1. Fıkrasına göre, bir ticari uygulama, eğer, mesleki özenin gereklerine uymaması ve ulaştığı ortalama tüketicinin ya da yöneldiği grubun ortalama üyesinin mal veya hizmete ilişkin ekonomik davranış biçimini önemli ölçüde bozması veya önemli ölçüde bozma ihtimalinin olması durumunda haksız bir ticari uygulama olarak kabul edilmektedir⁵⁹. Bu türlü tüketiciye yönelik haksız ticari uygulamalar yasaklanmıştır.

Ticari uygulamanın haksız olduğunun iddia edilmesi halinde, ticari uygulamada bulunan, bu uygulamasının haksız ticari uygulama olmadığını ispatla yükümlüdür.

Tüketici Kanunu 62 nci maddesinde belirtilen yükümlülüklerle aykırı hareket edenler hakkında Kanunun 77 (13). Maddesi gereğince, haksız ticari uygulamanın üç aya kadar tedbiren durdurulması veya durdurulması yaptırımını veya idari para cezası (2016 yılı için 5.812 TL.) uygulanır. Reklam Kurulu, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir. İdari para cezası, aykırılık ülke genelinde gerçekleşmiş ise, daha ağır bir idari para cezası (2016 yılı için 58.127.-TL.) uygulanır.

12. TÜKETİCİ KANUNUNDA SİGORTA İHTİLAFLARININ ÇÖZÜMÜ

Yargının çalışma usul ve esasları bakımından geliştirme ve değişiklikler olmakla birlikte, esas itibarı ile kurumlar önceki kanunun devamıdır. Aslında 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 30. maddesi 14. fıkrası gereğince, Mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları Hakem Heyetine intikal etmiş uyuşmazlıklar ile

⁵⁹ Yine aynı madde ve gerekçesine göre, özellikle aldatıcı veya saldırgan nitelikte olan uygulamalar, haksız ticari uygulamalardır. Ayrıca AB Yönergesi ekinde yer alan haksız ticaret uygulamaları da, yönetmelik ile iç hukukumuza dahil edilecek olup, bu uygulamalar da haksız ticari uygulama olarak kabul edilecektir. Yönetmelik ayrıca, haksız ticari uygulamaların tespit edilmesine ve bunların denetlenmesine ilişkin usul ve esasları da belirleyecektir.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ilgili olarak Sigorta Tahkim Komisyonuna başvuru yapılamayacağı düzenlenmiştir.

Bu yeni Tüketici Kanunu ile, sigorta şirketleri bundan sonrasında tüketiciler ile ilgili ihtilaflarda, tüketici mevzuatında yer alan bu alternatif yargı sistemi ile artan şekilde karşılaşacaktır.

12.1. Tüketici Hakem Heyetleri

Tüketici Kanunu 66. maddesinde Tüketici hakem Heyetlerinin kuruluş ve görev alanına dair düzenlemeler bulunmaktadır.

Tüketici Hakem Heyetlerine başvuru esası, Tüketici Kanunu 68. Madde 1. Fıkrasına göre,

- Değeri İki bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda ilçe tüketici hakem heyetlerine,
- Değeri üç bin Türk Lirasının altında bulunan uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine,
- Büyükşehir statüsünde bulunan illerde ise iki bin Türk Lirası ile üç bin Türk Lirası arasındaki uyuşmazlıklarda il tüketici hakem heyetlerine başvuru zorunludur.

Bu değerlerin üzerindeki uyuşmazlıklar için tüketici hakem heyetlerine başvuru yapılamaz.

Aynı maddenin 3. Fıkrasına göre, başvurular, tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu veya tüketici işleminin yapıldığı yerdeki tüketici hakem heyetine yapılabilir. Tüketici hakem heyetinin bulunmadığı yerlerde ise, başvuruların nerelere yapılacağı ve bu başvuruların hangi tüketici hakem heyetince karara bağlanacağı yönetmelikle belirlenir.

Bu madde tüketicilerin ilgili mevzuatına göre alternatif uyuşmazlık çözüm mercilerine başvurmasına engel olmadığı da açıkça ifade edilmiştir (68. Madde 5. Fıkra).

Tüketici Kanunu 69. Maddesinde inceleme, 70. Maddesinde ise karar ve karara itiraz usulleri düzenlenmektedir.

12.2. Tüketici Mahkemesi

Tüketici Mahkemeleri ise, Tüketici Kanunu 73. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir.

13. TÜKETİCİ MEVZUATINA AYKIRILIK HALİNDE MÜEYYİDE

Tüketici Kanunu 77. Madde ve devamında öngörülmüştür. Önemli altının çizilmesi gerekir ki, aynı maddenin (20). Fıkrasına göre, anılan madde gereğince idari yaptırım uygulanması, diğer kanunlar gereği yani özellikle 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu 34. ve 35. maddeler gereğince duruma göre, Hazine Müsteşarlığı ve/veya Savcılık tarafından yapılacak işlemleri ve uygulanacak idari /adli yaptırımları engellemeyecektir.

13.1. Genel Olarak

Tüketici Kanunu 77. Madde incelendiğinde her bir işlem ve uygulamaya dair ayrıca öngörülmüş idari para ve adli para cezaları⁶⁰ yanında, sayılmayan durumlara dair genel bir ceza hükmü de bulunmaktadır.

Tüketici Kanunu 77. Maddesi 18. Fıkrasına göre, maddede belirtilenlerin dışında kalan ancak bu Kanunun getirdiği yükümlülükler ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca yönetmelik veya tebliğle belirlenen tedbirlere uymayanlar hakkında anılan fıkrada öngörülen idari para cezası (2016 yılı için 1.162 Türk Lirasından 58.127 Türk Lirasına kadar) verilecektir.

Ayrıca aynı maddenin 19. Fıkrasında, belirli haller için uygulanacak idari para cezaları bakımından bir üst sınır öngörülmüştür. Buna göre, 77. maddenin sekizinci, dokuzuncu, on ikinci ve on üçüncü fıkralarındaki idari para cezaları hariç olmak üzere, aykırılığın tespit edildiği tarih itibarıyla bir takvim yılında uygulanan toplam idari para cezası tutarının yirmi beş bin Türk Lirasını aştığı durumlarda, bu miktardan az olmamak ve yüz milyon Türk Lirasını geçmemek üzere toplam idari para cezası tutarı; cezaya muhatap gerçek ya da tüzel kişinin, aykırılığın tespitinden bir önceki mali yılsonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde beşini aşamaz. Bir önceki yıl gayri safi gelirin oluşmaması halinde, tespit tarihi itibarıyla oluşan gayri safi geliri dikkate alınır. Gayri safi gelirlerinin bildirilmediği veya yanlış bildirildiği durumlarda bu bent hükmü uygulanmaz. Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar için ise, kamuya açıklanan en son finansal tablolarda yayınlanan öz kaynağının binde beşini aşamaz.

⁶⁰ Adli Para Cezaları öncelikle Adli Sicile kayıt ediliyor. Cezanın İnfazı sırasında Adli Sicil Kaydında gözükmektedir. İnfazın tamamlanmasından sonra Adli Sicil Arşiv Kaydına alınır. Arşive alındığı tarihten itibaren beş yıl geçmesiyle ise tamamen silinir. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

Tüketici Kanununa göre verilen idari para cezalarının, tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmesi zorunludur.

13.2. Ceza Hükümleri

Tüketici Kanunu 77. Maddesinde bir kısım ihlaller bakımından özel ve hatta ağır yaptırımlar öngörülmekte iken, bu şekilde düzenlemedikleri bakımından aynı maddenin 18. Fıkrasında, Tüketici Kanununun getirdiği yükümlülükler ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca yönetmelik veya tebliğle belirlenen tedbirlere uymayanlar hakkında, bin Türk Lirasından elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası yaptırımını öngörülmüştür.

13.3. Cezalarda Yetki ve İtiraz

Tüketici Kanunu 78 (1) Maddesine göre, anılan Kanunun 77 nci maddesinin ikinci, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve on birinci fıkralarındaki idari yaptırımlar Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından verilecek; buna karşılık, on ikinci ve on üçüncü fıkraları için Reklam Kurulu tarafından karar verilecek ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından uygulanacaktır. Diğer fıkralarındaki idari yaptırımlar ise yaptırım uygulananın merkezinin bulunduğu valilik tarafından verilecektir.

Tüketici Kanununu hükümlerine göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilir. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz.

SONUÇ

Tüketici Kanunu, sektör ayırımı getirmeksizin Sigortacılık Faaliyeti ve Sigorta Sözleşmelerini de içerisine alacak şekilde düzenlemeleri, AB'nin ilgili mevzuatını da dikkate alarak benimsemeye ve iç hukukumuzda yansıtmaya çalışmıştır. Ancak diğer birçok mevzuatın hazırlanması ve kabulü süreçlerinde yaşandığı üzere, ülkemizin toplumsal ve yaşam farklılıkları ve seviyesinin yeterince ve gereğince göz önüne alındığını söylemek, mevzuatın geneli bakımından oldukça güçtür.

Tüketici Kanunu, diğer yandan faaliyet ve sözleşme hukuku ile oldukça detaylı ve sıkı bir şekilde düzenlenen Sigortacılık Faaliyetinin mev-

zuat düzenlemeleri ve uygulamalarını da yeterince ve gereğince dikkate almaksızın kapsamına almakla, önümüzdeki dönemde sigortacılık faaliyeti bakımından mevzuatlar uyumunun sağlanması ve farklılıkların giderilmesi açısından bir güçlüğü de beraberinde getirmiştir. Özellikle bu iki ayrı mevzuat düzenlemesini yapan ve yürüten makamların farklı olması da, aynı hazırlanması sürecinde olduğu gibi, uygulama sürecinde de sigortacılık faaliyeti uygulamasını daha da güçleştirecektir.

Tüketici Kanunu, Sigortacılık Faaliyeti ve Sigorta Sözleşmelerine, kural olarak sadece sigorta ettiren/sigortalıların, aynı zamanda tüketici tanımına uydukları hallerde uygulanması gerektiği söylenebilir de, sigorta şirketlerinin kullanmış oldukları dokümantasyondan, pazarlama satış süreçlerine kadar özellikle “Büyük Riskler” (“Large Risks”) dışında küçük risklere dair birçok sigorta branşı ve/veya sigorta ürünüde, tüketici olan-olmayan sigorta ettiren/sigortalı ayırımını hayata geçirmeleri güç olacağından, aslında Tüketici Mevzuatı, Sigortacılık Faaliyeti ve Sigorta Sözleşmelerinde düşünüldüğünden daha geniş bir uygulama alanına sahip olacaktır.

Tüketici Kanunu anlamında Sigortacılık Faaliyetine dair en olumlu gelişme ve düzenlemenin, özellikle giderek yaygınlaşan mesafeli satış noktasında, Sigortacılık Mevzuatı ile bu derece açık bir şekilde konulmayan “Uzaktan İletişim Araçları” ve “Kalıcı Veri Saklayıcısı” aracılığı ile tüketici sigorta ettiren/sigortalılara ulaşılabilmesi imkânının sağlanması olduğu düşünülmektedir. Ancak yine de bu konuda, Hazine Müsteşarlığı’nın görüş ve yaklaşımı, sigorta şirketlerinin ve aracılarının bu imkândan faydalanmalarının kapsam ve sınırını belirleyecektir.

Tüketici vasfındaki sigorta ettiren/sigortalıların sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflarda, Tüketici Kanununda tanımlanan tutarlar ve sınırlar kapsamında tüketici yargısına başvurmaları mümkündür. Ancak ihtilafların mahiyetleri itibarı ile sadece Tüketici Mevzuatı hükümleri kapsamında çözümlenebilmelerinin mümkün olmaması ve özel uzmanlık ve tecrübe gerektirmesi karşısında, Tüketici Yargısının Sigortacılık Faaliyeti ve Uygulamalarına uygun olmayan kararlar vermesi ve bunların Sigortacılık Sektörünü olumsuz etkilemesi ve bu çerçevede, eninde sonunda tüketiciyi daha olumsuz etkileyecek sonuçlar üretmesi tehlikesi yüksektir.

Ancak, hiç şüphesiz ki yaşamın getirdiği sürekli ve hızlı değişim ve değişiklikler (örneğin internet, çağrı merkezi, tv gibi mesafeli satışların

artması), tüketici davranış, ihtiyaçları ve eğilimlerinin değişmesi, bunun ise mevzuat alanında, yeni ve ilave düzenlemeleri gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, tüm bu eleştirilerimize rağmen, Tüketici Mevzuatı, bir noktada tüketici pozisyonunda bulunacak bizlerin korunmasına dair birçok olumlu ve ihtiyaç duyulan düzenlemeyi, iç hukukumuzda aktarmış olmakla, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'una kıyasla, çok daha gelişmiş ve detaylı düzenlemeleri içeren, genel itibarı ile olumlu bir kanun olduğunun da altını çizmek gerekir.

KISALTMALAR

AB: Avrupa Birliği

AB Yönergesi: AB Mesafeli Pazarlama Yönergesi

AT: Avrupa Topluluğu

ATAD: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı

EEC: European Economic Community

EU: European Union

Fk.: Fıkra

No.: Number

RG: Resmi Gazete

s.: Sayfa

TTK: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

TKHK: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

Üye devlet: Avrupa Birliği Üyesi Devlet

TL: Türk Lirası

vb.: ve benzeri

vd.: ve devamı

md: Madde

KAYNAKÇA

EKŞİ Nuray, Prof Dr., Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı
Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, 1 Baskı Ocak 2012

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>

<http://www.tsb.org.tr/default.aspx>

www.hazine.gov.tr

<http://hazine.gov.tr/default.aspx?nsw=TrR3vg8KCNGoDQ4jjQvkw==H7deC+LxBI8=&mid=366&cid=35&nm=647>.

NANOTEKNOLOJİ ALANINDA UYARLANABİLİR HUKUK YAKLAŞIMI VE TÜRKİYE

(ADOPTABLE LAW APPROACH TO NANOTECHNOLOGY AND TURKEY)

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Dr. Hikmet KIRIK*

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. İlhami ALKAN OLSSON**

ÖZET

Makalenin amacı, nanoteknoloji alanında ulusal ve uluslararası hukuki ve kurumsal yapının gelişim seyrini ve mevcut durumunu ortaya koyarak, Türkiye'nin bu alanda izleyebileceği düzenleme ve yönetim yaklaşımları hakkında bir çerçeve çizmeye çalışmaktır. Makalede geliştirilen kavramsal çerçevenin merkezinde, 'teknoloji-toplum ilişkisi' ve 'belirsizlik' (*uncertainty*) kavramı bulunmaktadır. Çalışmada, öncelikle belirsizlik ve risk yönetimine dair genel olarak bilim/teknik, özel olarak da nanobilim/nanoteknoloji alanındaki düzenleme ve yönetim uygulamalarına dair mevcut literatür ele alınmaktadır. İkinci bölümde ise, önceki bölümde yer verilen yaklaşımların ışığında, nanoteknolojiye içerik belirsizlik, risk ve demokratik teknoloji kavramları çerçevesinde, Türkiye'de etkin, esnek ve katılımcı bilim ve teknoloji politikaları oluşturulması tartışılmaktadır. Çalışmada sonuç olarak, kısa vadede nano-spesifik düzenlemelerin mümkün görülmediği vurgulanmakta; ancak uzun dönemde öngörülebilecek olan nano-spesifik düzenlemelerin ise, *soft* ve *hard* normatif yapıların entegre edildiği *adaptive* hukuk yaklaşımıyla ve devlet ve devlet dışı aktörlerin

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi,
e-posta: hikmetk@istanbul.edu.tr

** İstanbul Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü Öğretim Üyesi, **e-posta:** ilhami@istanbul.edu.tr

dahil edildiği yapılara dayanan bir yönetim anlayışıyla hayata geçirilmesinin önemine işaret edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Nanoteknoloji, bilinmezlik ve risk yönetimi, düzenleyici yaklaşımlar, demokratik bilim/teknoloji politikaları.

ABSTRACT

The purpose of this article is to reveal the current legal and institutional structure as on nanotechnology at both the national and the international level, with a view to contribute to the discussions surrounding Turkey's possible paths in developing a framework for regulation and governing in this field. In the center of the conceptual framework developed in the article lie, the concept of 'uncertainty' and 'technology-society relationship'. The study firstly goes over the existing literature on the subject of regulation and governance practices related to uncertainty and risk management in science and technology in general and in nanoscience and nanotechnology in particular. In the light of the approaches and practices given in the previous section, the following part discusses the creation of effective, flexible and participatory science and technology policies in Turkey encompassing uncertainties, risks and democratic technology concepts peculiar to nanotechnology. As a concluding remark, the study emphasizes that the creation and application of nano-specific regulation seems unlikely in the short term. On the other hand, if nano-specific regulation is to be envisaged in the long term, the study points out the importance of adopting the adaptive law approach that integrates the hard and soft normative structures with a governance model based on a model in which both the State and the actors outside the State would be included to ensure the incorporation of the societal concerns in the development of technology and applied sciences.

Keywords: Nanotechnology, uncertainty and risk management, regulatory approaches, democratic science/technology policy.

GİRİŞ

Son on yılda nanoteknoloji alanında dünyada dikkate değer pek çok gelişme yaşanıyor. Kimilerince “21. yüzyılın endüstriyel devrimi” olarak tanımlanan ve niteliksel bir ekonomik sıçramanın anahtarı olarak görülüyor;¹medikal alanda tanı’dan tedaviye, enerji sektöründe daha verimli enerji kaynaklarından daha hafif, hızlı ve ucuz materyal ve elektroniğe kadar pek çok kullanım alanı bulan nanoteknoloji, günlük hayatımıza da artan biçimde girmeye başlamıştır. Öyle ki, bu yılın sonuna varmadan, şirketler eliyle üretilen nano ürünlerin miktarının 2.6 trilyon USD büyüklükle dünya toplam üretiminin %15’ine ulaşacağı tahmin edilmektedir.²

Ancak, geniş uygulama alanına sahip her yeni teknolojiye olduğu gibi nanoteknolojilere dayalı ürünler de, vaadettikleri olumlu sonuçların yanı sıra bir kısım riskleri ve belirsizlikleri de beraberinde getirmektedir. Beklenebileceği üzere, söz konusu risk ve belirsizliklerin yönetilebilmesi ve bunun bir aracı olarak da hukuki düzenleme ihtiyacı, nanoteknoloji ve beraberindeki endüstrinin etkili, ancak esnek biçimde düzenlenmesi merkezli pek çok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmaların başında, nanoteknoloji ürünlerinin pazara sunulmadan önce özellikle toplumsal sağlık, çalışma koşulları ve çevre güvenliği üzerindeki etki ve sonuçlarının nasıl belirlenebileceği/ölçülebileceği gelmektedir. Ayrıca, hükümetlerin yeni teknolojilerin gelişimine ve denetlenmesine dair süreçlere toplumun daha çok katılmasını (*community participation*) mümkün kılacak mekanizmaları geliştirmekle yükümlü olduklarına dair yaklaşımlar da, nanoteknolojiye dair yürütülen tartışmaların merkezine yerleşmiş görünmektedir. Toplum-bilim ve toplum-teknoloji (uygulamalı bilim) ilişkisinde, toplumun bilimsel ve teknolojik gelişmelerin yönünü ve içeriğini belirleme düzeyinin, demokrasinin derinlik ve yaygınlığının ölçütlerinden biri olduğu anlayışı, demokratik bilim ve teknoloji politikaları kavramı çerçevesinde

¹ Nanoteknolojinin yeni bir endüstriyel devrime yol açacağını düşünen pek çok araştırmacıya örnek olarak, bakınız Ahlgren, Martin; Jonsson Franchi, Helena (2005) *Policy for a New Industrial Revolution – a Study of Nanotechnology in the USA*, Swedish Institute for Growth Policy Studies; erişilebileceği web adresi:

<http://www.tillvaxtanalys.se/download/18.56ef093c139bf3ef8902752/1349863402379/policy-for-a-new-industrial-revolution-a-study-of-nanotechnology-in-the-usa-05.pdf>.

² Breggin, Linda, K., “Securing the Promise of nanotechnology: Is US Environmental Law Up to the Job?”, Environmental Law Institute: Washington DC, 2005, s. 4, http://www.eli.org/sites/default/files/eli-pubs/d15_10.pdf. Erişim tarihi: 03.01.2015.

seslendirilmektedir. Bilimsel ve teknolojik gelişmeleri özerk ve nesnel bir süreç olarak algılayan aydınlanmacı egemen sosyal paradigmayı da sorgulayan bu türden yaklaşımlar, toplumun ihtiyaçlarını, beklentilerini ve risk algısını dikkate alan yeni bir bilim ve teknoloji yönetişimi (*science governance*) gerekliliğinin önemini vurgulamaktadır. Bu bağlamda, 1990'lı yıllarda 'deli dana hastalığı' –BSE ve GDO ürünleri örneklerinde bilim ve teknoloji topluluğu ile toplum arasında ortaya çıkan güven sorununun, nanoteknoloji ürünlerinde de yaşanmasının önüne geçilmesi, politika yapılarının ve düzenleyicilerin öncelikli hedefler arasında görülebilir.³

Daha şimdiden, kumaş, spor malzemeleri ve kozmetik dahil, nanomalzemeler kullanılarak üretilen 1000'den fazla ürün piyasada yerini almış durumda.⁴ Nanoteknolojinin bir açıdan mühendislik, kimya, biyoloji, fizik gibi alanlarda kullanımda olan 'geleneksel' teknolojinin uzantısı gibi görülmesi mümkün ise de, maddelerin ancak nano düzeyde ortaya çıkabilen benzersiz özelliklerinden yararlanmak amacıyla atom ve moleküllerin maksatlı manipülasyon ve kontrollerinden kaynaklı yeniliği ve bu yeniliğin getirdiği bilinmezlik ve riskler, nano alanı 'geleneksel' teknolojilerden ayırmaktadır.⁵ Öyle ki, maddeler nano düzeyde 'olağan' büyüklüklerinde sahip oldukları karakteristiklerden temel farklılıklar göstermekte, hatta bu yolla, daha önce doğada hiç bir maddenin sahip olmadığı özelliklere sahip olan 'yeni' maddeler yaratmanın mümkün olduğundan söz edilmektedir.⁶ Buna karşın, maddenin nano düzeyde ortaya çıkan yeni özelliklerinin, nano ürünlerin üretiminde çalışan insanların, bu maddelerin kullanıldığı ürünleri satın alan tüketicilerin ve toplumun genelinin sağlığı ve doğa üzerindeki etkileri üzerine ise pek az şey bilinmektedir. Eldeki kimi kısıtlı veriler, bazı nano materyallerin deri, beyin ve akciğerler üzerinde geçici

³ Gavelin, Karin; Wilson, Richard; and Doubleday, Robert, *Democratic Technologies*, "The Final Report of Nanotechnology Engagement Group", 2007, available at <http://www.involve.org.uk/wp-content/uploads/2011/03/Democratic-Technologies.pdf>.

Erişim tarihi: 03.10.2015

⁴ The Environmental Law Institute, <http://www.eli.org/environmental-governance/nanotechnology-program>. Erişim tarihi: 04.10.2015

⁵ Balbus, J.M., R. Denison, K. Florini ve S. Walsh, "Getting nanotechnology right the first time", *Issues in Science and Technology*, Summer, 2005: XXI (4) ss. 65-71.

⁶ ETC Group, "The Big down: From Genomes to Atoms", 2003, <http://www.etcgroup.org/sites/www.etcgroup.org/files/thebigdown.pdf>. Erişim tarihi: 10.01.2015.

veya kalıcı olumsuz etkileri yaratabileceğini, dahası besin zincirinde önem taşıyanlar dahil, pek çok mikro-organizmanın ölümüne yol açabileceğini, ya da en azından böylesi potansiyel bir risk taşıdığını göstermektedir.⁷

Bu çalışmanın amacı, nanoteknoloji alanında ulusal ve uluslararası boyuttaki düzenleme ve yönetim yaklaşımlarının gelişim çerçevesini ortaya koyarak, Türkiye'nin bu alanda izleyebileceği düzenleme ve yönetim yaklaşımlarına ilişkin bir tartışma başlatmaktır. Makalenin geliştirileceği kavramsal çerçevenin merkezinde, belirsizlik kavramı ve teknoloji-toplum ilişkisi bulunmaktadır. Çalışmada, öncelikle belirsizlik ve risk yönetimine dair genel olarak bilim/teknik, özel olarak da nanobilim/nanoteknoloji alanındaki düzenleme ve yönetim uygulamalarına dair kavramsal yaklaşımlar ele alınmaktadır. Bilim politikalarının oluşturulmasında ve teknolojik gelişimin niteliğinin ve yönünün belirlenmesinde toplumun söz sahibi olmasına ilişkin geliştirilen bilim yönetimi ve demokratik teknoloji kavramlarına da, yine bu bölümde kısaca değinilmektedir. İkinci bölümde ise, nanoteknolojiye içerik belirsizlik ve risklere ilişkin mevcut düzenleme ve yönetim çabalarına yer verilmektedir. Verilen örnekler ağırlıklı olarak nanoteknolojinin üretimindeki birincil aktörler olan ABD ve Avrupa Birliği üzerinedir. Avrupa Birliği'ne ilişkin örneklemenin pratik bir değeri de, AB üyeliğine aday ülke konumunda olan Türkiye'nin başka pek çok alanda olduğu gibi, nanoteknoloji düzenlemelerinde de politikalarını ve hukukunu AB ile 'uyumlaştırma'ya mecbur kalacağı gerçeği ile ilgilidir. Sonuç ve öneriler bölümünde ise, iki bölümde tartışılanlar ışığında Türkiye'de nanoteknoloji alanında izlenebilecek politikalar konusunda kimi ilkesel önermelere yer verilmektedir.

NANOTEKNOLOJİ DÜZENLEMELERİ: NASIL BİR YAKLAŞIM?

Uluslararası toplum, 'belirsizlik' (*uncertainty*) olarak tanımlanan durumların farklı alanlarda yol açabileceği riskleri düzenleme, bu tür riskleri yönetebilecek kurumsal yapıları geliştirme konusunda tümüyle deneyimsiz değildir. Dahası, belirsizlik kavramının, ekonomiden iklim değişikliğine kadar pek çok farklı alanda uluslararası işbirliğinin bilinir özelliklerinden biri

⁷ Denison, Richard A., "Environmental Defense, A Proposal to Increase Federal Funding of Nanotechnology Risk Research to at least \$100 Million Annually", 2005, s.4., http://www.environmentaldefense.org/documents/4442_100milquestionl.pdf.

Erişim tarihi: 04.10.2015.

olarak ortaya çıktığını söylemek de mümkündür. Mevcut bilgi, olgu ve bulgulardan yola çıkılarak yapılan düzenlemeler; gerek düzenlenmeye çalışılan alan konusundaki mevcut bilgilerin yetersizliği, gerek koşulların uluslararası düzenlemeler sonrasında devletlerin kontrolleri dışında değişkenlik gösterme potansiyeli taşınması, gerekse de devletlerin söz konusu düzenleme alanlarındaki çıkar ve beklentilerinin farklı nedenlerle değişebilme eğilimi göstermesi nedenleriyle, yeni ortaya çıkan durum(lar)a göre üzerinde değişikliğe gitme ihtiyacı ortaya çıkabilmekte, ya da tümüyle terk edilmeleri gerekliliği ortaya çıkabilmektedir.

Bu bağlamda, belirsizliklerin ve risklerinin yönetilmesine ilişkin uluslararası düzenlemelerde görülen kimi mekanizmalar, belirsizlik çerçevesindeki risk yönetiminin araçları olarak değerlendirilebilir. Kyoto Protokolü ile örneklenebileceği üzere, uluslararası anlaşmaların yürürlüklerinin bir ‘süre’ye tabi tutulması (*duration provision*), bu türden mekanizmalardan birisidir. Yine Kyoto Protokolü ile örneklenebileceği üzere, farklı türlerde esneklik mekanizmaları (*flexibility provisions*), belirsizlik kaynaklı olumsuz etkilerle uluslararası anlaşmalar devam ederken kullanıma sokulması hedeflenen risk yönetimi araçlarındandır. Benzer şekilde, uluslararası anlaşmalarda sıklıkla yer verilen ‘soft hukuk’ (*soft law*) niteliğindeki düzenlemeler de, uluslararası hukukta özellikle 1970’li yıllarla birlikte sıklıkla yer verilen belirsizlikleri yönetme araçları arasında görülebilir.⁸

Ancak belirsizlik ve belirsizlik bağlantılı risk yönetimlerinin aracı olarak yukarıda değinilen hukuki mekanizmalar, yukarıdaki türden belirsizlik hesaplarına karşın, yine de sabit ve istikrarlı belirli normatif yapılara uygun işleyen bir dışsal ilişkiler veya doğal yapının var olduğunu öngörmektedir. Oysa, nanoteknoloji örneğinde olduğu üzere, maddenin manipüle edilmesi esaslı bir alanın ortaya çıkardığı bilinmezlikler, ‘sabit’ bir yapının öngörülemeyeceği, en azından her zaman öngörülemeyeceği bir ‘hukuk’ sistemini ve yönetim yapısını gerekli kılmaktadır.

Yukarıdaki türden ‘yeni’ belirsizlik karakteristiklerinin varlığına ilişkin vurgulama, özellikle çevre, doğal kaynaklar, iklim değişikliği gibi daha bilinen alanlarda geliştirilmiş bilinmezlik ve risk yönetim metodlarından, nano benzeri yeni tür bilinmezlik ve risklerinin yönetimlerinde hiç yararlanılamayacağı; ya da nano alanda yepyeni, öncesiz (*unprecedented*) bir

⁸ Alkan Olsson, İlhami (2013) “Four Competing Approaches to International Soft Law”, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 58, pp. 177-196.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

hukuk ve yönetim sistemine ihtiyaç duyulduğu anlamına gelmemektedir. Tam aksine, diğer alanlarda edinilen deneyim ve geliştirilmiş olan mekanizmalardan nano alanlardaki bilinmezlik ve risk yönetimlerinden yararlanmak gerekli ve önemlidir. Buna karşın, başka alanlarda geliştirilmiş olan yöntem ve mekanizmaların, nanoteknoloji alanlarına özgü bilinmezliğin yeni karakteristiklerine ilişkin risklerin yönetilmesinde yetmeyebileceği de öngörülebilir bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle, ‘yeni’ türden bilinmezlikler kaynaklı risklerin yönetilmesinde yeni normatif ve yönetim mekanizmalarının geliştirilmesine ihtiyaç duyulabileceği beklenmelidir. Bu bağlamda, hızlı ve her zaman öngürülemez sıçramalarla gelişen nanoteknoloji alanlarının ürettiği bilinmezliklere cevap olarak geliştirilebilecek yeni yapı ve mekanizmaların da, nano alanların ekosistem ve sosyal yapılar üzerindeki olası etkilerine cevap vermeye uygun esnek ve uyarlanabilir (*adaptive*) karakteristikler barındırması gerektirdiği ileri sürülebilir.

Uluslararası hukuk (bir noktaya kadar ulusal hukuk sistemleri de buna dahil edilebilir), hemen her zaman iki farklı, dahası rakip tutum arasında bir tercih yapma ya da denge gözetme zorunda kalmıştır: ilki, görece verili koşullardan özerk, belirli bir hukuk teorisine dayanan ve buradan hareketle kendi içinde bütün, tutarlı ve yeterli olan bütüncül bir yapıdan üretilen kararlar sistemi olmak; ikincisi ise, düzenleme konularına bağlamsal (*contextual*), olgusal ve (legal) pragmatik bir yaklaşım benimsemek. İlk tutum, siyaset ve ekonomi gibi insan / sosyal kurum merkezli pek çok alanda var olan ilişkileri açıklama ve düzenleme yeteneği gösterirken, bu tutumun doğadaki ilişkileri veya teknolojinin insan/sosyal kurum kararlarından görece bağımsız kimi alanlarında daha sınırlı bir uygulama şansı bulabileceği söylenebilir. Örneğin, legal doktriner tutum ile iklim değişikliği alanını düzenlemeyi ummak hayli tartışılabilir bir seçim olurdu. Aynı şekilde, ‘doğası’ gereği hızla değişen veya gelişim yönü ve hızı kolayca kestirilemeyen, iletişim benzeri kimi teknoloji alanları (değişim hızı benzeri) olgulardan görece bağımsız doktriner bir tutumla düzenleme çabası, esas olarak *de facto* bir deregölasyonla karşılaşacaktır; çünkü düzenlemeye çalışılan alan veya alt-alanlar, düzenlemelerin yapılabildiği süreler zarfında kendini yeni bir niteliğe büründürmüş, dönüşmüş ve düzenleme kurallarını boşa çıkarmış, ya da en azından uygulanabilirliğini bir hayli sınırlandırmış olacaktır.

Bu bağlamda, *ex ante regülasyon* adı verilen ve gelişmekte olanın yönünü ve niteliğini kestirip, verili durumu aşan ve önceleyen *pro-aktif* düzenleyici yapıların, nano spesifik alanların önemlice bir bölümünde sınırlı bir uygulama şansı olduğu ileri sürülebilir. Bunun yerine, nanoteknolojik ürünlerin ve materyallerin üretim ve üretim sonrası süreçlerinin sağlık, çevre ve gelecek nesillere (örneğin, nano materyallerin hücre altı boyutlardaki davranışlarının, gıda zinciri sürecine etkilerinin ve tüm bunların gelecek kuşaklar üzerindeki olası) etkileri üzerinde ölçümleri ve kontrollerinin, önceden kestirilemez gelişmelere uyarlanabilir esnek ve hızlı bir tutumla düzenleme ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Öyle ki, doktrinler yaklaşıma göre daha elverişli olduğu düşünülebilecek olgucu/legal pragmatist yaklaşımların bile, sosyal ve hukuki kurumların nano nanoteknoloji alanlarının gelişim yönünü ve niteliğini önceleyebilme yeteneğine ilişkin beklentilerin fazlasıyla iyimser kalacağı söylenebilir.

‘Uyarlanabilir hukuk’ (*adaptive law*) kavramı doğa, toplum, (yeni) teknoloji(ler) ve hukuk ilişkisine yeni bir kurguyla yaklaşmayı önererek, alternatif bir düzenleme yaklaşımını ifade etmektedir. Söz konusu kurgu, bu ilişkilerin (hukuki) düzenlemesini öncelikle normatif (ya da kuramsal) değil, ampirik bir mesele olarak ele almaktadır. Bir başka deyişle, *uyarlanabilir hukuk*, her durumu kapsayacak genel (ve ideal) bir hukuk teorisi geliştirme çabası göstermeyi hedeflemeden; doğa, toplum, teknoloji ve hukuk arasındaki ilişkinin pek çok durumda önceden kestirilemez, birbirlerini etkileyen ve yön değiştiren özellikler barındırdığını kabul ederek, düzenleme hedeflerini bu çok yönlü ve karmaşık ilişkileri içerecek şekilde geniş tutmayı önermektedir. Bununla bağlantılı olarak, düzenleyici otoritenin yasal-merkeziyetçi yapısını (örneğin TBMM benzeri, geleneksel hukukun ‘yasa koyucu’ olarak tanımladığı merkezi iradeye tanınan belirleyicilik işlevini/niteliğini) gerçekçi bulmamakta, bu nedenle düzenleyici otoritenin günümüzdeki öncelikli karakteristiği olan *monocentric* yapıyı reddetmekte; aynı zamanda bu otoritenin her durum için geçerli, esnek olmayan ve düzenleme alanlarındaki hızlı değişimlere kendini uyarlayamayan hukuki soyutlamalar ve genellemelerinin geçerli olamayacağını savunmaktadır. *Uyarlanabilir hukuk* kavramı bunun yerine: (i) düzenleme alanlarının başka alanlarla yalnızca bilinen değil, aynı zamanda bilinemeyen ilişkilerini göz önünde tutan çoklu ve dinamik yapıyı içeren, (ii) çok merkezli, ama birbirine entegre olmuş karar alıcı yapılar, (iii) esnek, takdir kullanı-

mına izin veren, farklı bağlamları gözeterek standartlara dayalı uyarlamaya elverişli metodlar içeren, (iv) farklı alanların uygulamalarını ve uygulama merkezlerini birleştiren, deneyimlerden öğrenen ve bunu yansıtan çoğulcu bir hukuki yapıyı önermektedir.⁹

Nanoteknolojinin yalnızca özel sektörün değil hükümetler için de öncelikle yatırım alanı olarak ortaya çıktığını göz önüne alındığında, yararları ve riskleri halen tam olarak bilinmeyen bu alanın düzenleme çabalarının ve özellikle de uluslararası (Birleşmiş Milletler, Dünya Ticaret Örgütü) ve bölgesel (Avrupa Birliği, OECD, vb.) ne tür düzenleme politikalarının izlenmesi gerektiğine ilişkin tartışmaların da yoğunlaşacağını öngörmek mümkün. Daha şimdiden nanoteknolojinin içermesi mümkün risklerine karşın katı bir hukuki yapılanmanın (*hard law*) ve yönetsel kontrolün (merkezi yapılanma) gerekliliğini savunanlarla, bunun ne gerekli ne de mümkün olduğunu savunan tezlere rastlamak mümkün.

Nano alanlardaki düzenlemelere ilişkin var olan belirsizliğin, nano spesifik risklerin düzenlenememesi ve bununla ilişkili kamusal güven kaybı olacağı açıktır. Nano spesifik düzenlemelerin henüz geliştiril(e)mediği günümüzde, bu alandaki tartışmalar, düzenlemelere ilişkin neoliberal tutumla, devlet-merkezci eğilimler arasında sıkışmış olduğu görünmektedir. Neoliberal ekonomik küreselleşmenin ana temalarından olan deregülasyon eğilimlerinin de beslediği, "ekonomik ilişkilerin ve teknolojik yapıların hukuki düzenlemeler biçiminde ortaya çıkan müdahalelerden zarar göreceği; pazar mekanizmaları veya kendi kendini düzenleme (*self-regülasyon*) sisteminin yeterli olacağı" yolundaki yaklaşımı, özellikle teknobilimin gelişiminin oligarşik çokuluslu şirket yapılanmalarında yoğunlaştığı gerçeği göz önünde tutulduğunda, ciddi bir demokratikleşme zaafiyetine yol açacağı söylenebilir. Buna karşın, merkezci ve tekçi düzenleme yaklaşımının ise, nanoteknolojinin olası yararlarının ve gelişiminin önünü kapama riskini taşımaktadır. Bu bağlamda, *uyarlanabilir hukukun* önermelerinin,

⁹ Craig Anthony Arnold & Lance H. Gunderson (2014) "Adaptive Law", içinde yer aldığı çalışma: Craig R. Allen and Ahjond S. Garmestani (eds.), *Social Ecological Resilience and Law*, NY: Columbia University Press. Adaptiv hukuk yaklaşımları için bakılabilecek bir diğer çalışma: Arnold, Craig Anthony, "Fourth-Generation Environmental Law: Integrationist and Multimodal", William & Mary Environmental Law and Policy Review, 2011, vol. 35, ss. 771-884.

söz konusu iki uçtaki yaklaşıma karşı bir seçenek olarak da ortaya çıktığı söylenebilir.

Demokratik teknoloji ve bilim yönetişi kavramları, yukarıda yer verilen kavram ve yaklaşımlarla da bağlantılı olarak, toplum-teknoloji/bilim ilişkisini yeniden ele alma, söz konusu ilişkide karar alma ve yönetme tutumunun toplumsal niteliğini yeniden kurgulamayı önermektedir. Bu kavramlara temel olan yaklaşım ise, demokrasinin derinleştirilmesi, demokratik tutumun toplumsal hayatın çeşitli alanlarına nüfuz etmesi amaçlı, ‘toplumsal katılım’ (*public participation / public engagement*) anlayışıdır. ‘Toplumsal katılım’, gerek bilim politikalarının oluşturulmasında gerekse uygulamalı bilimlerin ve teknolojinin gelişme yönünün ve amacının belirlenmesinde toplumun yaratılan çeşitli mekanizmalar aracılığıyla söz sahibi olması anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, toplumsal katılım, söz konusu alanlarda toplumla, bilim/teknoloji toplulukları, siyaset ve iş dünyası arasında bir diyalog yaratma anlamına gelmekte, bilimsel/teknolojik gelişim ile toplumun genel değerleri arasında karşılıklı ilişki yaratmayı hedeflemektedir.¹⁰

Teknolojinin yüksek düzeyde uzmanlaşma getirdiği ve gerektirdiği koşullarda ve alanlarda ‘toplumsal katılım’, ilk bakışta gerçekçi olmaktan çok kulağa hoş gelen ve retorik yönü ağır basan bir kavram gibi algılanabilir. Oysa bu algıdaki gerçekçilik nesnel bir durumu ifade eder gibi görünmekle birlikte, bu algı esasında ‘bilimin yanılmazlığı’ ve bilimsel/teknolojik ilerlemelerin insan iradesinden neredeyse bağımsız ve nesnel ilerlemeci bir süreç olarak kabulüne ilişkin, modernist ve pozitivist bir bilim/teknoloji tanımı ile ilgilidir. Oysa bilimsel/teknolojik gelişimin *ama-*

¹⁰ Gavelin, et al., 2007, s. 8. Toplumsal katılımcı bilim/teknoloji düzenleme modelleri arasında oldukça önemli farklılıklar bulunmaktadır. Söz konusu farklılıklar, alanların ayrışması ile ilgili olabildiği gibi, toplumsal kültürlerle de (Örneğin İskandinav ve Britanya modellemeleri gibi) ilişkili olabilmektedir. Örneğin bu türden kimi katılımcı modeller ‘kamusal diyalog’u böylesi bir modelin merkezine alırken, kimi diğer modellerde katılımcılık bilim/teknoloji üretimini ayrılmaz bir parçası olarak tasarlanmaktadır. Bu konudaki pek çok çalışmaya örnek olmak üzere bakınız: Peter M. Asaro, , “Transforming society by transforming technology: the science and politics of participatory design”, *Accounting Management & Information Technology* (2000) 10: ss. 257–290; Johanna Alkan-Olsson & Lotta Andersson, “Possibilities and problems with the use of models as a communication tool in water resource management”, *Water Resour Manage* (2007) 21:97–110; Claudia Pahl-Wostl & Matt Hare, “Processes of Social Learning in Integrated Resources Management”, *Journal of Community & Applied Social Psychology* (2004) 14: 193-206. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

cının ‘toplumsal değerler’ ile ilişkilendirilmesi, bilim ve teknolojiye atfedilen özerklik yanılması ötesinde (bilim ve teknoloji üretiminin yoğun sermaye birikimine sahip az sayıdaki çokuluslu şirketlerin kar amaçlı kararları ile bağlantısı düşünüldüğünde bile, bilimsel ve teknolojik ilerlemeye atfedilen ‘özerklik’ niteliğinin bir yanılma olduğu görülebilir), hem toplumsal hayatın demokratikleştirilmesi hem de bilim insanının yaptığı işle daha bilgece ve sorumlu bir ilişki kurması imkanı sağlayacaktır (Bu duruma, bilim ve teknoloji üretimin toplumsal bir bağlama oturtulması olarak da bakılabilir).

NANOTEKNOLOJİ SPESİFİK RİSKLERDE MEVCUT DÜZENLEYİCİ VE YÖNETİŞİMSEL UYGULAMALAR

Nanoteknoloji spesifik düzenlemelerin eksikliğinin, bu alanda herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı anlamına gelmediği açıktır. Sağlık, iş güvenliği, çevre koruma ve ilaçların lisanslanmasına dair pek çok ulusal ve uluslararası hukuki düzenleme, kapsamaları itibarıyla nano ürün ve materyalleri de kapsamaktadır. Zaten tartışmaların bir bölümü nano spesifik düzenlemeler üzerine yoğunlaşmışken, önemli bir bölümü de, mevcut ‘geleneksel’ düzenlemelerin ‘nano riskleri’ (Örneğin ‘normal’de toksit olmayan bir materyelin, yüzey artışı nedeniyle nano boyutta toksite içermesi gibi) daha iyi kapsayacak biçimde gözden geçirilmeleri ve derinleştirilmeleri merkezli yürütülmektedir.

Nano alanın önemli aktörlerinden ve bu bağlamda Türkiye için de nano risklerin düzenlenmesi modeli açısından belki de en önemli ulus-ötesi faktör olan Avrupa Birliği’nin, nano alanlarda geçerli olabilecek genel bir yasal düzenleme çerçevesini henüz önermemiş olmakla birlikte, şimdiye kadar ‘çevre açısından geri dönüşü imkansız olumsuz sonuçlar doğurabilecek durumlarda, olumsuz sonuçların oluşacağına ilişkin kesin bilimsel kanıtlar beklenmeksizin gerekli önlemlerin alınması’ anlamına gelen ‘ihtiyatlılık ilkesi’ni (*precautionary principle*) nanoteknoloji alanında benimsemiş olduğu söylenebilir.¹¹ Avrupa Komisyonu’nun 7 Haziran 2005 tarihli ve 243 sayılı “Avrupa için 2005-2009 Eylem Planı” (COM (2005) 243), söz konusu ilkenin nano alanında AB için öncelikli konumunu koruduğunu göstermiştir. 6 Eylül 2007 ve 29 Ekim 2009’da yayımlanan

¹¹ European Commission, ‘Communication from the Commission on the precautionary principle’, communication of the European Commission COM (2000) 1, Brussel.

AB Komisyonu'nun "Uygulama Planları", yine Komisyon'un 7 Şubat 2008 tarihli "Sorumlu bir nanobilim ve nano teknolojiler araştırmaları için davranış kodu önerileri" (*Recommendation on a code of conduct for responsible nanosciences and nanotechnologies research*) ve yine Komisyon'un belki de bu bağlamda 17 Haziran 2008 tarihli en önemli belgesi olan, "Nano materyallere ilişkin düzenlemeler" (*Regulatory Aspects of nanomaterials*)¹² ve bunu izleyen 2008 tarihli birinci ve 2012 tarihli ikinci "düzenleyici incelemeler"i (*regulatory review*), AB'nin nano alanındaki temel düzenleme yaklaşımlarını ortaya koyduğu belgelerdir. Bu belgeler, AB'nin nano teknolojiye belirgin ve artan bir biçimde ekonomik büyüme, yeni iş alanlarının yaratılması ve topluluğun inovatif ve rekabetçi kapasitesinin geliştirilmesi açılarından kilit niteliğinde gördüğünü ortaya koyarken, bu hedefe gereksiz bir yük oluşturmayı engelleme amaçlı olarak Birleşmiş Milletler ve OECD'nin yanısıra, ABD ve Transatlantik Ekonomik Konseyi ile düzenleme alanında işbirliği yapılmasının önemi vurgulanmış, bir anlamda nanoteknoloji düzenlenmelerinde kural koyucu aktörler işaret edilmiştir.¹³ Yukarıda sözü edilen belgeler, AB'nin nano spesifik düzenleme ve yönetim yapısı geliştirmek yerine, bu aşamada, nano spesifik risklerin ve bu risklere yönelik alınacak önlemlerin tesbitine ilişkin mevcut yönetsel yapıların işbirliğine öncelik verir görünmektedir.¹⁴ Nano spesifik düzenlemeler ise gerektiğinde tamamlayıcı nitelikte mekanizmalar olarak ele alınmaktadır. Komisyon'a göre, AB'nin yasal çerçevesi genelde nano materyallere ilişkin riskleri kapsamakla birlikte, mevzuatın nano alanın getirebileceği ek riskleri içerecek şekilde uygulanmasının detaylandırılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Özellikle 'test yöntemleri' ve 'risk analiz

¹² European Commission, 'Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Regulatory aspects of nanomaterials', [SEC(2008) 2036], Brussel.

¹³ European Commission, 'Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Second Regulatory Review on Nanomaterials', SWD(2012) 288, Brussel, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0572:FIN:en:PDF>.

¹⁴ Gelişen ve Yeni Tanımlanan Sağlık Riskleri Bilimsel Komitesi (*The Scientific Committee on Emerging and Newly Identified Health Risks -SCENIHR*), Tüketici Güvenliği Bilimsel Komitesi (*the Scientific Committee on Consumer Safety -SCCS*), Avrupa Gıda Güvenliği Otoritesi (*the European Food Safety Authority -EFSA*) ve Avrupa İlaç Ajansı (*the European Medicines Agency -EMA*) öne çıkan yönetim yapıları olarak görünmektedir.

yöntemleri' alanlarında yapılması gereken böylesi bir detaylandırma, üretici ve işveren yükümlülüklerine ilişkin mevcut mevzuat uygulamalarının ve idari kararların nano riskleri karşılama yeterliliği bakımından elzem görünmektedir. Ancak, nano materyallerin tüm özelliklerini ve risklerini anlamak için yeterli bilimsel bilgi bu aşamada mümkün olmadığı, dahası bu bağlamda bilgi eksikliklerine (*knowledge gaps*) dair yeni bulguların sürekli ortaya çıktığı da akılda tutulmalıdır. Bir başka deyişle, nano materyallerin içerdiği risklerin tümü hakkında bilgilerimiz yeterli değildir. Dahası, bu risklerin olası boyutlarına ve doğasına ilişkin toplumda yüksek bir kaygı bulunmaktadır. Dolayısıyla risk değerlendirmesinin, 'ihtiyatlılık ilkesi'ne dayandırılması kaçınılmaz görülmektedir. Son olarak, Komisyon nano alanda bilimsel bilgi eksikliğini hızla giderilmesi gereken en önemli engel olarak görürken, ihtiyatlılık ilkesinin temel alınmasının yanı sıra, "Komisyon'un 93/67/EEC sayılı Risk Değerlendirmesine Yönelik Direktifine İlişkin Teknik Destek Belgesi" (*Technical Guidance Document in support of Commission Directive 93/67/EEC on risk assessment*) veya Bilimsel Komite'nin, "Kozmetik Maddelerin Test ve Güvenlik Değerlendirmeleri için Tüketici Ürünleri Bilimsel Komite'sinin Rehberlik Notları" (*Notes of guidance of the Scientific Committee for Consumer Products for the testing of cosmetics ingredients and their safety evaluation*) benzeri (hukuki bağlayıcılığı olmayan) 'soft' düzenlemelerin ve "Bilim ve Yeni Teknolojilere dair Avrupa Etik Grubu"nun (*European Group on Ethics in Science and New Technologies*) nano risklere ilişkin etik öneriler¹⁵ benzeri 'öz düzenleme' (*self-regulation*) çabalarının da önemine dikkat çekmektedir.¹⁶

Nanobilim ve nano teknolojinin diğer önemli aktörü olan ABD'de de nano teknoloji düzenlemelerine ilişkin tartışmaların dört farklı tutumda özetlenebilir görünmektedir. Ekonomi ve teknolojiye ilişkin devlet müdahalesine Avrupa'ya oranla çok daha mesafeli yaklaşan liberal bir düzenleme geleneğine sahip olan ABD'de en azından şimdiye kadar benimsenmiş

¹⁵ http://ec.europa.eu/european_group_ethics/activities/docs/opinion_21_nano_en.pdf.

Erişim tarihi: 22 Aralık 2014

¹⁶ European Commission, 'Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Second Regulatory Review on Nanomaterials', SWD(2012) 288, Brussel, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0572:FIN:en:PDF>, s. 8. Erişim tarihi: 22 Aralık 2014.

görünen tutum, nano risklere ilişkin bilgilerimizin ‘öz ve gönüllü düzenlemeler’le (*self-regulation*) çözülemeyecek düzeyde olmadığı, bir başka deyişle, bu alanda devletin düzenleyici müdahalesine ihtiyaç bulunmadığı yolundadır. İkinci tartışma başlığı ise, yasal düzenlemeye gerçekten ihtiyaç olduğu kabul edilse bile, ne tür bir yönetsel yapının nano spesifik düzenlemeleri oluşturmaktan sorumlu olması gerektiği üzerine yoğunlaşmaktadır. Mevcut durumda son derece çeşitlilik ve dağınık bir yapı gösteren nano risklere ilişkin düzeleme ve uygulama alanları, aynı zamanda çok sayıda federal devletin hukuki yetki alanına girmekte ve Çevre Koruma Ajansı (EPA), Çevre Bakanlığı, Tüketici Ürün Güvenliği Komisyonu, Gıda ve İlaç İdaresi ve Savunma Bakanlığı gibi birbirinden farklı çok sayıda yönetsel yapının sorumlu olduğu bir alan olma özelliği taşımaktadır. Üçüncü başlık, olası nano spesifik alanlara ilişkin uygulama ve denetiminden hangi yapının sorumlu olması gerektiğine dairdir. Son olarak, nano spesifik düzenlemelere ihtiyaç duyulduğunun kabulü halinde, ne türden bir düzenleme yaklaşımının daha uygun olabileceği üzerinedir. Bu başlık altında, pazar öncesi düzenlemeler, raporlama mecburiyeti, ürünlerde nano materyallerin kullanılmış olduğuna ilişkin etiketleme sistemleri, nano materyal düzey/oran sınırlamaları gibi farklı öneriler ele alınmaktadır.¹⁷

Elbette yukarıda özetlenen tartışma başlıklarının yanısıra, ABD’deki liberal regülasyon geleneğinden bağımsız olarak var olan genel geçer kimi başka tartışmalara da kısaca değinmek gerekir. Bunların başında, nanoteknolojiye özgü kimi risklerin, mevcut risk yönetim yapısına uygulama stratejilerinin nasıl olması gerektiği gelmektedir. Bir diğer tartışma başlığı, nanoteknolojinin nasıl tanımlanabileceği, hatta nanoteknoloji olarak adlandırılabilir bütünsel bir yapının mümkün olup olmadığıdır. Kabul edilmeli ki, nasıl tanımlandığına bağlı olarak pek çok ürüne dair düzenleme ve yönetme metodları da değişkenlik gösterecektir. Bir diğer önemli sorun, nanoteknolojiye özgü bilinmezlik ve bilinmezlik kaynaklı risklerin nasıl yönetilebileceği ve bu türden bilinmezlik ve risklerin gelişiminin alabileceği (bugünden kestirilemeyen) yönleri içerebilecek esneklikte düzenleme ve yönetsel yapıların neler olabileceğidir. Elbette nanotekno-

¹⁷ Marchant, G., Sylvester, D., Abbott, K. W. (2007) “Nanotechnology regulation: the United States approach”, Graeme Hodge, Diana Bowman and Karinne Ludlow (eds.), *New Global Frontiers in Regulations: The Age of Nanotechnology*, Edward Elgar: Northampton, MA, USA, ss. 189-212.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

lojiye dair pek çok bilinmezliğin yarattığı kaygının, nanoteknolojinin düzenlenmesinde gereğinden fazla, hatta nanoteknolojinin gelişimini engelleyici bir sertlikte düzenleme ve yönetsimsel yapıyı ortaya çıkarma riski de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda nanoteknoloji spesifik düzenleyici ve yönetsimsel yaklaşımların hem riskleri yönetme kapasitesine hem de engelleyici olmama esnekliğine sahip olmasına dikkat edilmesi gerektiği açıktır. Ancak en az bunlar kadar önemli olan, nano spesifik düzenlemelerin kamusal kontrole açık, kamu sağlığı ve çevre güvenliği bakımından kamuyu ikna edici bir karakter göstermesi gerektiğidir. Oluşturulacak yönetsimsel yapıların, diğer teknolojik alanların gelişim niteliği ve yönelimi meselesinde olduğu gibi, nano alanda da karar alma süreçlerinde toplumun katılımına izin veren, destekleyen bir karaktere sahip olması da teknolojinin demokratik denetimi bağlamında vazgeçilemez olarak görülmelidir.

SONUÇ ve ÖNERİLER

Nano materyal ve ürünler artan biçimde günlük hayatımıza girmiş bulunduğu halde bu ürünlerin üretimi, kullanımı ve artıklarının sağlık ve çevre üzerindeki etkileri üzerine henüz yeterince bilgi sahibi değiliz. Nanoteknolojiye spesifik düzenlemelerin henüz oluşturul(a)madığı koşullarda, nanoteknolojinin insan sağlığı ve çevre üzerindeki olası risklerinin en azından bir kısmını, sağlık ve iş güvenliği, çevre koruma ve ilaçların lisanslanmasına dair ve benzeri alanlarındaki hukuki düzenlemelerle karşılamak mümkün görünmektedir. Ancak, maddelerin bilinen özelliklerine göre tasarlanmış risk yönetimi aracı olarak görülebilecek söz konusu hukuki düzenlemelerin, aynı maddelerin ‘nano’ düzeydeki başkalaşımının ortaya çıkarabileceği riskleri (tümüyle) karşılayamayacağı da öngörülebilir. Mevcut düzenlemelerin ‘nano’ riskler gözönüne alarak yeniden düzenlenmeleri kaçınılmaz olarak ortaya çıkarken, çok yakın bir zamanda olmasa bile, nano uygulamalara spesifik yeni düzenlemelerin gerekliliği de ortadadır.

Türkiye’nin gerek mevcut hukuki düzenlemelerin gözden geçirilmesinde gerekse nano’ya spesifik düzenlemelere gitmesinde başka ülke ve oluşumlardan bağımsız ya da izole politikalar seçmesi düşünülemez. Bu süreçte etkili olması beklenebilecek ‘dışsal’ faktörlerin başında AB mevzuatı gelmektedir. AB üyeliğine aday bir ülke Türkiye’nin, ülke mevzuatını AB mevzuatı ile uyumlu hale getirme zorunluğu, bu uyum süreci henüz

nano spesifik düzenlemeleri kapsamasa da, kaçınılmaz olarak Türkiye'nin düzenleme tercihinde etkileyici, hatta belirleyici olacaktır. Benzer biçimde Türkiye'nin üye olduğu OECD ve daha önemlisi Dünya Ticaret Örgütü benzeri örgütlerin nano düzenleme tercih ve politikaları da, Türkiye'nin nano düzenleme politikaları üzerinde etkili olması beklenecek faktörler olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, her ne kadar Türkiye'de kamu ve özel sektör ve üniversiteler nano teknoloji alanına artan bir ilgiyle yaklaşıyorlar da, nanobilimde ABD, Japonya ve kimi AB ülkeleri ile karşılaştırıldığında var olan sınırlı düzey, nano spesifik düzenleme tercihlerinin Türkiye'de daha çok 'dışsal' etkilerle şekilleneceği öngörüsünü güçlendirir görünmektedir.

Uluslararası düzeyde ise, nano spesifik düzenlemelere, nano materyaller ve nano materyalli ürünlerin kullanıma sunulması öncesinde güvenlik kontrollerinin yapılabilmesi için ihtiyaç duyulacağı açıktır. İnsan sağlığı ve çevre etkileri bakımından nano olmayan maddeler için hazırlanmış ölçme/değerlendirme kriterlerinin eksikliklerini gidermesi açısından da, daha planlama aşamasında yapılmış risk analizleri koşulunu da içeren nano spesifik düzenlemeler önem taşımaktadır. Bu bağlamda AB düzeyinde uygulama alanı bulunan entegre bir nano risk politikasının ve teknik kuralların varlığı gerekli görünmektedir.

Nano spesifik düzenlemelerin oluşturulması süreci, hem toplumsal paydaşların katılımı esaslı çoklu yönetişime dayandırılmalı hem de devlet-merkezci bir hukuk sistemi dayatması yerine, sürekli değişim halinde olan birbirine bağlı kompleks sistemleri düzenlemeye elverişli; soft hukuktan hard hukuka uzanan farklı türden normatif kuralları ve sivil toplum örgütleri ve şirketlerden devletlere uzanan genişlikteki bir skalada norm koyucuları içeren bir hukuk sistemi (*adaptive law*) yaklaşımını içermelidir. Böylelikle toplumun endişe ve beklentilerinin bilim ve teknoloji politikalarının oluşturulmasına (bilim ve teknoloji yönetişimi) ve bunlara dair düzenleme alanlarına dahil edilmesi mümkün olacağı gibi, bilim ve iş topluluklarının da kamusal ihtiyaçlar konusunda daha iyi bilgilendirilmiş olma imkanı artacaktır. Dolayısıyla, bilim ve teknoloji üretim süreci ve kararları bir toplumsal bağlama da oturmuş olacaktır.

Ayrıca bilim ve teknoloji üretiminde kamusal beklenti ve endişelerin sürece entegre edilmesi amacıyla oluşturulacak toplumsal katılım kanal ve mekanizmaları sayesinde, bilim ve teknoloji üretimine ayrılan kamu fi-

nansmanı süreci toplumsal denetime daha açık hale gelerek şeffaflaşmaya, dolayısıyla demokratikleşmeye de katkıda bulunacaktır. Benzer şekilde, toplumsal katılım ve yönetişim kanalları, toplumun bilim ve teknoloji üretiminden uzak büyük kesimine, kendi hayatlarını da etkileyen bilim ve teknoloji üretim süreçlerine katılma konusunda bir isteklilik yaratarak, demokratik bir toplumun temel unsurlarından olan ‘aktif vatandaşlık’ kültürünün yerleşmesi ve yaygınlaşmasına da katkıda sağlayacaktır.

Elbette yukarıda işaret edilen toplumsal katılım araçlarının ve kültürünün yaratılması ve topluma nüfuz etmesi pek çok güçlüğü de barındıran bir süreçtir. Öncelikle, toplumsal katılımın sağlanması kanalları ile bilim ve teknoloji üretimeine dair süreçlerdeki kurumsal karar alma mekanizmaları arasında biçimselliği aşan ve işlevselliği olan anlamlı bağlar kurmak, pek çok farklı politik, ekonomik ve sosyal etmenin bir araya gelmesini ve birbirlerini desteklemesini gerekli kılmaktadır. Oysa gerek politik yapıda gerekse bilim/iş topluluklarında böylesi bir toplumsal katılımın yararlılığı ve işlevselliği hususunda yerleşik kuşku ve kaygılar, dolayısıyla bilim/teknoloji yönetim kültürüne ilişkin direnç gösterme refleksi hayli güçlüdür. Yine toplumun büyük kesiminin özellikle eğitim düzeyi ile bağlantılı kapasite yetersizliği, demokratik karar alma süreçleri ile ilgili toplumsal birikimin yeterli düzeyde olmaması, toplumsal katılımın sağlayabileceği yararlar ve yaratabileceği etkiler konusunda toplumun çeşitli kesimlerini ikna etmedeki muhtemel güçlükler gibi etmenler de, bu bağlamda hesaba katılmalıdır. Ancak, nanoteknoloji benzeri yeni teknoloji alanlarında kamu yatırımlarında önceliği toplumun daha geniş kesimlerinin yararlanabileceği, tıp teknolojisinde yenilikler gibi alanlara yoğunlaştırarak, bilim ve teknoloji politikalarının oluşturulmasında toplumsal katılıma ilişkin daha yaygın bir ilgi yaratılabilmesine yönelik politikalar geliştirilerek bu tür güçlüklerin aşılması elbette mümkündür.

Ülkemizde Tubitak başta olmak üzere, bilim ve teknoloji politikalarının belirlenmesinde önemli rol oynayan kamusal kuruluşların toplumsal katılımın mekanizmalarını oluşturmaları ve bu durumu formel olarak kurumsallıklarının bir parçası haline getirmelerinin, bilim ve teknoloji yönetişiminin gerçekleştirilebilmesi yolunda iyi bir başlangıç olarak düşünülebilir. Ayrıca, bu konuda toplumsal paydaşları oluşturan kuruluş ve topluluklarla da böylesi bir yönetişimin oluşturulmasına yönelik bir ‘diyalog süreci’ başlatılabilir. Yine, kamusal bütçeyle finanse edilecek bilimtekno-

loji projelerinde bu türden bir diyalogun öngürülmesine yönelik koşul bulundurulması da, bilim/teknoloji topluluklarının bu konuda daha aktif bir tutum içinde olmalarını sağlayabilir.

KAYNAKÇA

- **Ahlgren, Martin; Jonsson Franchi, Helena** (2005) *Policy for a New Industrial Revolution – a Study of Nanotechnology in the USA*, Swedish Institute for Growth Policy Studies; <http://www.tillvaxtanalys.se/download/18.56ef093c139bf3ef8902752/1349863402379/policy-for-a-new-industrial-revolution-a-study-of-nanotechnology-in-the-usa-05.pdf>

- **Alkan Olsson, İlhami** (2013) “Four Competing Approaches to International Soft Law”, *Scandinavian Studies in Law*, vol. 58

- **Balbus, J.M., R. Denison, K. Florini ve S. Walsh**, “Getting nanotechnology right the first time”, *Issues in Science and Technology*, Summer, 2005: XXI (4) ss. 65-71
Breggin, Linda, K., “Securing the Promise of nanotechnology: Is US Environmental Law Up to the Job?”, *Environmental Law Institute: Washington DC, 2005, s. 4*, http://www.eli.org/sites/default/files/eli-pubs/d15_10.pdf

- **Craig Anthony Arnold & Lance H. Gunderson** (2014) “Adaptive Law”, içinde yer aldığı çalışma: Craig R. Allen and Ahjond S. Garmestani (eds.), *Social Ecological Resilience and Law*, NY: Columbia University Press

- **Denison, Richard A.**, “Environmental Defense, A Proposal to Increase Federal Funding of Nanotechnology Risk Research to at least \$100 Million Annually”, 2005, s. 4, http://www.environmentaldefense.org/documents/4442_100milquestionl.pdf

- **Gavelin, Karin; R. Wilson; and R. Doubleday**, *Democratic Technologies*, “The Final Report of Nanotechnology Engagement Group”, 2007, <http://www.involve.org.uk/wpcontent/uploads/2011/03/Democratic-Technologies.pdf>

- European Commission, ‘Communication from the Commission on the precautionary principle’, communication of the European Commission COM (2000) 1, Brussel

- European Commission, ‘Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Regulatory aspects of nanomaterials’, [SEC(2008) 2036], Brussel

- European Commission, ‘Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Second Regulatory Review on Nanomaterials’, SWD(2012) 288, Brussel,

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0572:FIN:en:PDF>

- European Commission, ‘Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Second Regulatory Review on Nanomaterials’, SWD(2012) 288, Brussel,

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0572:FIN:en:PDF>

- ETC Group, “The Big down: From Genomes to Atoms”, 2003, <http://www.etcgroup.org/sites/www.etcgroup.org/files/thebigdown.pdf>

- **Marchant, G., D. Sylvester, K. W. Abbott** (2007) “Nanotechnology regulation: the United States approach”, Graeme Hodge, Diana Bowman and Karinne Ludlow (eds.), *New Global Frontiers in Regulations: The Age of Nanotechnology*, Edward Elgar: Northampton, MA, USA

- The Environmental Law Institute,
<http://www.eli.org/environmental-governance/nanotechnology-program>

CUMHURBAŞKANI BAKANLAR KURULUNA BAŞKANLIK EDEBİLİR Mİ?

(MAY THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC PRESIDE OVER THE COUNCIL OF
MINISTERS?)

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK¹

ÖZET

1982 Anayasası'nın çizdiği hükümet sistemi çerçevesinde Cumhurbaşkanı'nın Bakanlar Kuruluna (BK) başkanlık etmesine ilişkin yetkisinin anayasal kapsam ve sınırları, 2007 yılında yapılan anayasa değişikliği ile yeni bir boyut kazanmıştır. Cumhurbaşkanı'nın meclis yerine doğrudan halk tarafından seçilmesini öngören bu değişiklik, hem yarı-başkanlık hükümet sistemine geçiş yapıldığı yönündeki tartışmaları hem de siyasal meşruiyeti güçlenen Cumhurbaşkanı'nın devlet başkanlığı yanında hükümet başkanlığı da yapıp yapamayacağı yönündeki tartışmaları beraberinde getirmiştir. Özellikle 10 Ağustos 2014 tarihinde AKP'nin Genel Başkanı ve Başbakan R. Tayyip Erdoğan'ın ilk defa doğrudan halkoyu ile Cumhurbaşkanı seçilmesi ve seçim sürecinde "protokol cumhurbaşkanı değil terleyen koşan cumhurbaşkanı" olacağını ilan etmesi Cumhurbaşkanı'nın yürütme alanındaki anayasal yetkilerini yeniden tartışmaya açmıştır. Nitekim Cumhurbaşkanı Erdoğan göreve geldiği tarihten buyana -henüz bir yıl dolmadan- BK'nu dört kez başkanlığı altında toplantıya çağırmıştır. Sonuç olarak, gerek 2007 Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanı'nın anayasal statüsüne yönelik etkileri gerekse doğrudan halk tarafından seçilmiş bir Cumhurbaşkanı olarak Erdoğan'ın kendisini yürütmenin aktif bir unsuru olarak konumlandırması onun BK'na başkanlık etme konusundaki yaklaşımı ile yakından ilgilidir. O halde, öncelikle 2007 Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanı'nın söz konusu yaklaşımı üzerindeki etkilerini, ardından da

¹ Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: ekremakarturk@hotmail.com

BK'na başkanlık etmesinin anayasal ve siyasal sınırlarını irdelemekte fayda var.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı seçimi, Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluna başkanlık etmesi, parlamenter sistem, Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi, 2007 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği.

ABSTRACT

Under the constitutional amendment of 2007, the President of the Republic shall be elected directly by the public. While under the 1982 Constitution, which the system of parliamentary government continued to exist, where the Prime Minister has the authority to preside over the Council of Ministers which makes decisions under the authority of the Prime Minister. The government, which represents the political part of the Executive Power, utilizes the power of executive in the context of general policy. As the head of the government, the authorization of the President of the Republic is exceptional and it is valid only during and under a state of emergency. Therefore state of emergency/martial law are declared by the Council of Ministers under the leadership of the President of the Republic. Furthermore, during a state of emergency, the Council of Ministers, meeting under the leadership of the President of the Republic, may issue decrees having the force of law on matters necessitated by the state of emergency. Apart from these exceptions, the Prime Minister is the head of the Council of Ministers. Consequently, the President of the Republic does not have power to interfere in the implementation of the government's general policy except during a state of emergency/martial law.

Keywords: *The Election of the President of the Republic, Presiding over the Council of Ministers, parliamentary system, election of the President of the Republic by Public, the Constitutional Amendment of 2007.*

I) 2007 Anayasa Değişikliği Hükümet Sistemini Yarı-Başkanlık Hükümet Sistemine Dönüştürmüş müdür?

1982 Anayasası, yürütmeyi hükümet ve Cumhurbaşkanından oluşan ikili bir yapı olarak öngörmüş; bu çerçevede Cumhurbaşkanına tarafsız ve sorumsuz bir statü tanıyarak, parlamenter sistem ilkelerine sadık kalmıştır. Buna karşın yasama- yürütme ve yargı alanında ona tek başına kullanabileceği üstün yetkiler vererek, parlamenter sistem anlayışından sapmıştır. Bu sapma, 1982 Anayasası'nda öngörülen yürütme yapılanmasının klasik parlamenter sistemden yarı-başkanlık sistemine kadar geniş bir yelpazede yorumlanmasına yol açmıştır².

1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının yetkilerinin klasik parlamenter sisteme oranla geniş tutulması ve 2007 değişikliği ile halk tarafından doğrudan seçimle belirlenme yolunun açılması yarı-başkanlık yönünde bir sistem değişikliği olarak nitelendirilebilir mi? Yürütme içinde siyasal sorumluluğa sahip bir hükümet ile halk tarafından seçilmiş ve güçlü anayasal yetkilerle donatılmış siyasal sorumsuzluğa sahip bir Cumhurbaşkanı'nın yer aldığı hükümet sistemi *yarı-başkanlık* olarak adlandırılmaktadır³. Yarı-başkanlık sisteminin prototipi olarak kabul edilen 1958 Fransız Anayasası, Cumhurbaşkanına tek başına kullanabileceği oldukça geniş ve önemli yetkiler tanımıştır. Örneğin, referandum yolunu harekete geçirmek, Millet Meclisini (*L'Assemblée nationale*) feshetmek, parlamentoya mesaj göndermek, Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle bir kanun ya da uluslararası sözleşmenin Anayasa Konseyi tarafından iptalini istemek bu tür yetkiler arasında yer alır. Ancak daha da önemlisi 1958 Anayasası'nın 16. maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanının olağanüstü durumlarda BK'nu devreye sokmadan gerekli her türlü tedbiri almak konusunda doğrudan ve tek başına yetkili kılınmasıdır. Buna göre; "Cumhuriyetin kurumları, milletin bağımsızlığı, ülkesinin bütünlüğü veya uluslararası taahhütlerin yerine getirilme-

² Bülent TANÖR- Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayını, 11. Bası, İstanbul, 2012, s. 437; Hükümet sisteminin niteliği konusundaki tartışmalar için ayrıca bkz. Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, 16. Bası, Beta yayını, İstanbul 2013, s. 522-525. Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Basım Yayın, 18. Bası, Bursa, 2015, s. 291-303; O. Korkut KANADOĞLU, "1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanı", **Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı**, İstanbul 2001, s. 124-128.

³ Bkz. Maurice DUVERGER, "A New Political System Model: Semi Presidential Government" **European Journal of Political Research**, Vol. 8, No. 2, 1980, s. 165-187. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

si ciddi ve ani biçimde tehdit edildiği ve anayasal kamu güçlerinin düzenli işleyişi bozulduğu zaman Cumhurbaşkanı, Başbakanın, Meclis Başkanlarının ve Anayasa Konseyinin resmi görüşlerini aldıktan sonra, bu şartların gerektirdiği önlemleri alır.” Öte yandan BK’nun kanun hükmünde kararname ve diğer kararname gibi önemli işlemleri üzerinde klasik parlamenter sistemden farklı olarak Cumhurbaşkanının yalnızca bir onay yetkisinin değil, ortak karar yetkisinin olduğu kabul edilmektedir. Hatta bu sistemde Cumhurbaşkanının BK toplantılarına katılması ve başkanlık etmesi esastır. Başbakanın bu kurula başkanlık etmesi ise istisnai olup, ancak Cumhurbaşkanı vekâleten mümkündür. Gerçekten de 1958 Anayasası’nın 21. maddesine göre; Başbakan “*İstisnai hallerde Cumhurbaşkanının açıkça verdiği yetkiye dayanarak ve belirli bir gündem için bakanlar kuruluna, Cumhurbaşkanına vekâleten başkanlık eder.*” Yani Fransız Cumhurbaşkanı, BK kararları üzerinde bir onay yetkisinden ziyade bu kurulun başkanı olarak ortak karar yetkisine sahip kılınmıştır. Oysa klasik parlamenter sistemde Cumhurbaşkanının BK’na başkanlık etmesi *-olağanüstü haller söz konusu değilse-* hem nadir olarak görülen bir durumdur hem de istisnai ya da törensel bir nitelik taşır⁴.

1958 Fransız Anayasası’nın Cumhurbaşkanı politik bir aktör olarak güçlendiren bir özelliği de Cumhurbaşkanı partisi ile ilişkisi konusunda herhangi bir yasak öngörmemesi ve ona tarafsız davranma yükümlülüğü getirmemiş olmasıdır. Oysa, 1982 Anayasası Cumhurbaşkanı partili olma yasağı getirdiği gibi, görevini partiler-üstü bir nitelikte ve tam bir tarafsızlıkla yürütmesini emretmiştir.

Görüldüğü gibi, 1982 Türk Anayasası, klasik parlamenter sisteme oranla Cumhurbaşkanı güçlendirmekle birlikte, ona 1958 Fransız Anayasası’ndaki gibi bir “yarı başkan” hüviyeti kazandıracak ölçüde yetki ile donatmamıştır. Nitekim 1982 Anayasası olağanüstü halin gerekli kıldığı tedbirleri alma konusunda tek başına Cumhurbaşkanı yetkili kılmamış bu yetkiyi BK ile paylaştırarak, 1958 Fransız Anayasası’ndan ayrılmıştır. Fransız Cumhurbaşkanı Meclisi dilediği zaman feshetme yetkisine karşın, 1982 Anayasası bu yetkinin kullanılmasını ağır koşullara bağlamıştır (md.116). Ayrıca BK’na başkanlık etme ve “hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetme” yetkisini Başbakana vermiştir. O halde politika

⁴ Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 351-354.

kurma ve yönetme konusunda Başbakanın liderliğindeki hükümet yetkilendirilmiş olup, Cumhurbaşkanı bu yetkiye ortak edilmemiştir⁵. Nitekim her bakanın Başbakana karşı sorumluluğu esas olup, Başbakanın ve bakanların Cumhurbaşkanıya karşı sorumluluğu söz konusu değildir (md 112).

2007 Anayasa değişikliği, Cumhurbaşkanının görev süresini (5+5) ve seçimine ilişkin yöntemi (parlamento yerine halk tarafından seçilme) değiştirmekle birlikte, ne onun mevcut yetkilerini değiştirmiş ne de ona tek başına kullanabileceği yeni yetkiler tanımıştır. Sonuç olarak, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini öngören 2007 değişikliği bu sayede Cumhurbaşkanının siyasal demokratik meşruiyetini güçlendirmiş olmakla birlikte, ona yeni ve güçlü anayasal yetkiler tanımayarak, mevcut hükümet sistemini muhafaza etmiş, yarı-başkanlık sistemine geçit vermemiştir⁶. Dolayısıyla 1982 Anayasası mevcut haliyle Cumhurbaşkanına “yarı başkan” sıfatıyla BK’na liderlik etmek işlevi ile donatmamış, ilke olarak bu yetkiyi Başbakana tanımıştır.

Bununla birlikte, 2007 değişikliğinin biçimsel bir değişiklikten ibaret olduğu; hükümet sisteminin işleyişi ve Cumhurbaşkanının davranış dina-

⁵ Erdoğan TEZİÇ’in de belirttiği gibi; “Anayasa’nın 104. maddesinde sayılan yetkilerin kabarık listesine rağmen, **Cumhurbaşkanının, hukuken müstakil bir politika uygulamasına imkân yoktur.**” Bkz. Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 525.

⁶ Bazı yazarlara göre; 1982 Anayasası parlamenter rejimlerde görülmeyen ölçüde Cumhurbaşkanına geniş yetkiler tanıdığı bir de 2007 değişikliği ile bu yetkileri azaltmadan halk tarafından seçilme yolunun açılması hükümet sisteminin yarı-başkanlık rejimine dönüştürülmesi anlamına gelecektir. Bkz. Erdal ONAR, “*Türkiye’nin Başkanlık veya Yarı-Başkanlık Sistemine Geçmesi Düşünülmesi midir?*” **Başkanlık Sistemi**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2005, s. 102-103; Hasan TUNÇ-Faruk BİLİR-Bülent YAVUZ, **Türk Anayasa Hukuku**, Asil Yayıncılık, Ankara 2009, s. 154; Bülent YÜCEL, **Parlamenter Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 266. Ergun ÖZBUDUN ise bazı temel farklar bulunmakla birlikte 2007 değişikliğinin sistemi kısmen yarı-başkanlığa yaklaştırdığını ifade etmektedir: “(...) Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmiş olması, özellikle 1982 Anayasası’nın Cumhurbaşkanına tanıdığı geniş yetkilerle birlikte düşünüldüğünde, hükümet sistemimizi bir ölçüde yarı-başkanlık sistemine yaklaştırmıştır. Ancak gene de Cumhurbaşkanının, Fransa’da olduğu gibi sistemin temel unsuru haline gelmiş olduğu söylenemez. Özellikle Cumhurbaşkanının, yasama meclisini tamamen kendi takdirine bağlı olarak feshetme yetkisine sahip olmaması, önemli bir farktır.” Bkz. Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 354. Aynı yönde bkz. Erdoğan TEZİÇ, **Anayasa Hukuku**, s. 525.

mikleri üzerinde herhangi bir etkiye sahip olmadığı söylenemez⁷. Çünkü söz konusu anayasa değişikliği Cumhurbaşkanının yetkilerini artıran bir düzenleme içermemekle birlikte, onun siyasal meşruiyetini güçlendirmeye ve hatta seçim maratonu sırasında politik bir aktöre dönüşmesine elverişli bir zemin yaratmıştır. Bu zemin, gerek Cumhurbaşkanının anayasal yetkilerini kullanmasında bir iktidar odağı olarak hareket etmesine gerekse siyasal meşruiyetin getirdiği siyasal güç sayesinde BK üzerinde vesayet kurma pratiğine yönelmesine elverişlidir. İşte 2007 değişikliğinin zorlu denklemi bu noktada kendini göstermektedir: Hem Cumhurbaşkanını halka seçtirerek, onu politik açıdan güçlü bir aktöre dönüştürmek hem de anayasal yetkilerini genişletmeden tarafsız ve sorumsuz kimliğini muhafaza etmesini beklemek...

II- Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluna Başkanlık Etmesinin Anayasal ve Siyasal Boyutları

Parlamentar hükümet sisteminde de Devlet Başkanının BK'na başkanlık etmesi mümkün olmakla birlikte bu yetkinin kullanılması istisnai olup, belirli anayasal koşullara uyulmasını gerektirir. Parlamentar sistemde kural, BK'nun Başbakanın liderliğinde toplanması ve karar almasıdır. Cumhurbaşkanının söz konusu yetkiyi kullanabilmesi ancak belirli anayasal koşullar altında mümkün olabilir.

Öte yandan Cumhurbaşkanının BK'na başkanlık etmesi ve bağlayıcı ortak kararlar alabilmesi aynı zamanda siyasal boyutu olan bir konudur. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının iktidar partisi ile ilişkileri, parti sistemi karşısındaki konumu siyasal boyutu biçimlendiren unsurlardır.

⁷ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU'NUN da ifade ettiği gibi; "(...) zaten geniş yetkilere sahip Cumhurbaşkanına, bir de halk tarafından seçilmenin vereceği güç de eklenince, sistemi parlamenter rejim ilkeleri içinde işletilebilmek bir hayli zorlaşacaktır. Bu değişikliklerle, 1982 Anayasası'nın iktidar paylaşımında oluşturduğu, parlamento çoğunluğu ile onu dengeleyecek olan karşı ağırlıkların yapılanmasına ilişkin özgün kurgusu bozulmuştur. Sistem, uygulamada, Cumhurbaşkanı seçilen kişinin siyasal etkinlik ve karizma derecesine göre, yarıbaşkanlık rejimine, hatta fiilen başkanlık rejimine kolaylıkla dönüşebilmeye açık hale gelmiştir." Bkz. Bülent TANÖR- Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, s. 324.

A) Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluna Başkanlık Etmesinin Anayasal Kapsamı ve Sınırları

Bakanlar Kurulunun Başkanı Başbakandır: Parlamenter sistemde kural olarak BK'nun Başbakanın liderliğinde toplandığını ve karar aldığını ifade etmiştik. 1982 Anayasası'nın öngördüğü hükümet sistemi kurgusunda da aynı kural benimsenmiş olup, BK'nun başkanı Başbakan olarak tayin edilmiştir. Bu sistemde Cumhurbaşkanı devlet başkanı statüsünde olup, hükümet başkanı değildir. Nitekim 1982 Anayasası'nın 109. maddesi “*Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlardan kurulur*” diyerek, Cumhurbaşkanını BK'nun bir unsuru olarak görmemiştir. Hatta 112. madde hükmü, Başbakanın hükümet başkanlığı statüsünü açık bir şekilde tayin etmiştir: “*Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak, bakanlıklar arasındaki işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetinin yürütülmesini gözetir.*” Ayrıca ne Başbakanın ne de bakanların Cumhurbaşkanıya karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Söz konusu madde hükmüne göre; “*Her bakan, Başbakana karşı sorumlu olup ayrıca kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden de sorumludur.*” O halde Cumhurbaşkanı, yürütmenin bir unsuru olmasına karşın hükümetin bir unsuru değildir. Yürütme yapılanmasının aktif siyasi kanadını temsil eden hükümet, genel siyasetin yürütülmesi bağlamında *yürütme iktidarını* kullanmakta, buna karşın Devletin başı sıfatıyla Milletın birliğini temsil eden Cumhurbaşkanı ise tarafsız ve sorumsuz konumuyla *gözetme iktidarı*⁸ ile sınırlanmaktadır.

Cumhurbaşkanının BK'na Başkanlık Etmesi İstisnaidir: 1982 Anayasası Cumhurbaşkanıyı BK'nun bir unsuru olarak öngörmemekle birlikte, bazı istisnai hallerde bu Kurula başkanlık etmesine cevaz vermektedir. Nitekim Cumhurbaşkanının yetkilerini özetleyen 104. maddede Cumhurbaşkanının “Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak” yetkisinden söz edilmektedir. “Gerekli görülen haller” ile neyin kastedildiği açık olmadığı için söz konusu madde hükmünün öngördüğü yetkinin kullanım kapsam ve

⁸ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Atilla NALBANT, “*Karşılaştırmalı Olarak Gözetme İktidarı Çerçevesinde Cumhurbaşkanınının 1982 Türk Anayasal Sistemi İçindeki Rolü*”, Tarık Zafer Tunaya Armağanı, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 1992, s. 153-183.

koşullarının açıklığa kavuşturulması ancak Anayasa'nın diğer ilgili hükümlerine bakılarak anlaşılabilir. Nitekim 104. maddenin ikinci fıkrası; “Bu amaçlarla *Anayasanın ilgili maddelerinde gösterilen şartlara uyarak* yapacağı görev ve kullanacağı yetkiler şunlardır” diyerek bu hususu açık bir şekilde ifade etmiştir.

Dolayısıyla, Anayasa'nın bütünlüğü içerisinde 104. maddenin farklı bir niteliği bulunmaktadır. Söz konusu madde hükmü Cumhurbaşkanına Anayasa'nın diğer maddelerinde yer almayan hiçbir yeni yetki tanınamakta; kullanım koşulları Anayasa'nın diğer maddelerinde belirlenmiş yetkilerin bir özetini sunmaktadır. Yani 104. madde hükümleri Anayasa'da yer almasaydı bile Cumhurbaşkanının mevcut yetkilerinde bir değişiklik olmayacaktı. O halde Cumhurbaşkanın “gerekli gördüğü hallerde” biçiminde ifade edilen yetkisinin kapsam ve koşullarını belirlerken, bu alanın Cumhurbaşkanının “mutlak takdir yetkisi içinde” olduğu izlenimine kapılmak gerekir. Cumhurbaşkanının yasama, yürütme ve yargı alanına ilişkin olarak 104. maddede özetlenen yetkilerinin kapsamı ve kullanım koşulları Anayasa'nın ilgili diğer hükümleri ile somutlaştırılmıştır:

Örneğin 104. maddede Cumhurbaşkanının yetkileri kapsamında “kanunları yayımlamak”tan söz edilmekte ancak bu yetkinin hangi koşullarda ve nasıl kullanılacağı 89. maddede öngörülmektedir. Benzer biçimde Anayasa değişikliklerini “gerekli gördüğü takdirde” halkoyuna sunmak yetkisi de md. 175/3,4 öngörülen hükümlerle koşullara bağlanmıştır. Buna göre, “bir daha görüşülmek üzere” geri gönderilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanunları Meclis üye tamsayısının 2/3 çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu kanunları halkoyuna sunabilir. Eğer bu değişiklikler 3/5 ile 2/3'den az bir çoğunlukla kabul edilmiş olup da geri gönderilmemiş ya da geri gönderilip de aynı çoğunlukla iade edilmişse Cumhurbaşkanı söz konusu değişiklikleri halkoyuna sunmak zorundadır. 104. maddede Cumhurbaşkanının yetkileri arasında “Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek” yetkisi de sayılmıştır. Oysa bu yetki esasen TBMM'ye ait olup, bu yetkinin Cumhurbaşkanı tarafından kullanılabilmesinin koşulları 92/1-2 maddede açıklığa kavuşturulmuştur⁹.

⁹ Cumhurbaşkanın yetkilerinin toplu şekilde özetlendiği 104. maddenin metnine aşağıda yer verilmiştir. 104 maddede sayılan bu yetkilerin her birinin kullanım kapsam ve koşullarını belirleyen Anayasanın diğer ilişkili hükümleri ise parantez içinde gösterilmiştir: MADDE 104.–

“Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir.

Bu amaçlarla Anayasanın ilgili maddelerinde gösterilen şartlara uyarak yapacağı görev ve kullanacağı yetkiler şunlardır :

a) Yasama ile ilgili olanlar :

Gerekli gördüğü takdirde, yasama yılının ilk günü Türkiye Büyük Millet Meclisinde açılış konuşmasını yapmak,

Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplantıya çağırarak, (bkz. md.93/2)

Kanunları yayımlamak, (bkz. md.89)

Kanunları tekrar görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri göndermek, (bkz. md.89)

Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunmak, (bkz. md.175/3,4)

Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün, tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak, (bkz. md.150)

Türkiye Büyük Millet Meclisi seçiminin yenilenmesine karar vermek, (bkz. md.116)

b) Yürütme alanına ilişkin olanlar :

Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek,(bkz. md.109/2)

Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek, (bkz. md.109/3)

Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak, (bkz. md. 119, 120, 121/son, 122)

Yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek,

Milletlerarası anlaşmaları onaylamak ve yayımlamak, (bkz. md.89, 90)

Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek, (bkz. md. 117/1)

Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek, (bkz. md. 92/1,2)

Genelkurmay Başkanını atamak, (bkz. md. 117/4)

Millî Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırarak, (bkz. md.118)

Millî Güvenlik Kuruluna Başkanlık etmek, (bkz. md.118)

Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilân etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak, (bkz. md. 119, 120, 121, 122)

Kararnameleri imzalamak,

Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak,

Devlet Denetleme Kurulunun üyelerini ve Başkanını atamak, (bkz. md. 108)

Devlet Denetleme Kuruluna inceleme, araştırma ve denetleme yaptırtmak, (bkz. md. 108)

Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçmek, (bkz. md.131)

Üniversite rektörlerini seçmek, (bkz. md. 130/6)

c) Yargı ile ilgili olanlar:

Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilini, Askerî Yargıtay üyelerini, Askerî YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

104. maddede Cumhurbaşkanının BK'na başkanlık etmesi ile ilgili olarak iki hüküm yer almaktadır: Birincisi; “*Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna Başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak*” İkincisi; “*Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak*”. Cumhurbaşkanının söz konusu hükümlerde öngörülen yetkilerinin kapsam ve koşullarının açıklığa kavuşturulması ilgili diğer anayasal hükümlerin birlikte ele alınmasını gerektirmektedir. 1982 Anayasası BK'nu Başbakan ve bakanlardan oluşan bir kurul olarak tanımlamış ve bu Kurulun başkanlığını Başbakana vermiştir. O halde Cumhurbaşkanının söz konusu yetkilerinin niteliği istisnai olup, belirli dönemlerde kullanılabilir bir yetki olduğu anlaşılmaktadır. Bu yorum, esasen parlamenter hükümet sistemini benimsemiş 1982 Anayasası'nın temel felsefesine de uygun düşmektedir.

1982 Anayasası Cumhurbaşkanının hangi hallerde BK'nu toplantıya çağıracağını, bu toplantıların gündemini ve alınacak kararların niteliğini ilgili maddelerde düzenlemiştir. Buna göre; tabii afet ve ağır ekonomik bunalım sebebiyle (md.119) ya da şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması nedeniyle (md.120) BK Cumhurbaşkanının başkanlığı altında toplanarak, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilanına karar verebilecektir. Eğer demokratik düzeni veya temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik ve olağanüstü hal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması söz konusu olursa veya savaş hali baş gösterirse bu durumda yine Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan BK süresi altı ayı geçmemek üzere yurdun tamamında ya da bir kısmında sıkıyönetim ilan edilmesine karar verebilir (md.122).

Ayrıca olağanüstü hal ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan BK, olağanüstü halin ve sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararnameler çıkarabilecektir (md.121,122). Söz konusu düzenlemelere bakıldığında; Cumhurbaşkanının BK'nu başkanlığı altında toplantıya çağırması, BK'na başkanlık etmesi ve

Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmek. (bkz. md. 146/2, 154/4, 155/3 ve 156/2)

Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır.”

BK ile birlikte tasarrufta bulunmaları Anayasa ile belirlenen olağanüstü yönetim usulleri çerçevesinde mümkün olabilmektedir. Bunun dışında Cumhurbaşkanının BK'nu başkanlığı altında toplantıya çağırması, BK'na başkanlık etmesi ancak Başbakanın Cumhurbaşkanının bu yöndeki çağrısına olumlu yanıt vermesi durumunda mümkün olabilir. Bu durumda da Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan BK ancak *istişari* nitelikte bir toplantı gerçekleştirebilir. Cumhurbaşkanının bu toplantılarda BK ile istisare etmesi mümkün olmakla birlikte, BK'nun bir unsuru olarak ortak karar yetkisine sahip değildir. Çünkü anayasal açıdan Cumhurbaşkanının BK ile birlikte ortak tasarrufta bulunması olağanüstü halin gerekli kıldığı konularla (OHAL ilanı, OHAL KHK düzenlemesi) sınırlandırılmıştır¹⁰. Anayasa'nın amir hükmü uyarınca; "*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Ana-*

¹⁰ Cumhurbaşkanının BK'nu başkanlığı altında toplantıya çağırmasının istisnai bir yetki olarak, kriz ve olağanüstü hal dönemleri ile sınırlı oluşuna çarpıcı bir örnek Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel döneminde gerçekleşmiştir. Cumhurbaşkanlığı süresince BK'na toplam iki defa başkanlık eden Süleyman Demirel bu yetkisini son derece dikkatli ve özenli kullanmıştır. Özellikle 28 Şubat sürecinde uzun süre BK toplanamayınca Demirel'in BK'nu başkanlığı altında toplantıya çağırması yönünde kamuoyunda bir beklenti oluşmuştur. Gazeteci Yavuz Donat Cumhurbaşkanı Demirel'in BK'nu neden toplantıya çağırmadığını onunla yaptığı röportajda sormuş ve bu röportajı "vitrin" adlı köşesinde soru-cevap biçiminde yayınlamıştır. Demirel, bu röportajda BK'nu başkanlığı altında toplama yetkisinin istisnai bir yetki olarak kriz dönemleri ve olağanüstü hal süresince geçerli olduğuna vurgu yapmıştır:

-Efendim, Bakanlar Kurulu'nu neden toplamıyorsunuz?

- **Farzet ki topladım... Ne yapacağım?**

- Konuşacaksınız.

- **Neyi? Gündemim ne olacak?**

- Sayın Cumhurbaşkanı, neredeyse iki ay dolacak... Toplanamıyorlar.

- **Tamam da ben "toplanmış olmak için" toplayamam ki. Bazı "mecburiyet halleri" var. Öyle bir durumda toplarım.**

- Örneğin?

- **Güvenlik gibi... Olağanüstü hal gibi... Sıkıyönetim gibi...**

- Ama bugün de "önemli konular" var.

- **Evet, istersem toplayabilirim. Ama 1982 Anayasası'ndan bu yana geçen 15 yıl içinde "böyle toplantının" pek emsali yok... Bir kez oldu. Turgut Özal topladı. Diyarbakır'da. Ve konu güvenlikti.**

- Bugün toplamanızın ne sakıncası var?

- **Kendi aralarında alabilecekleri bir karar var da... Alamıyorlar da... Cumhurbaşkanı toplayınca alabilirler mi? Biraz dikkatli konuşmak lazım.**

(...) Bkz. Yavuz DONAT, "*Demirel'den hayır!..*", Vitrin, **Milliyet Gazetesi**, 24 Mayıs 1997.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

yasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” Cumhurbaşkanının başkanlığında yapılacak istişari nitelikteki bir BK toplantısı çağrısına icabet edip etmemek Başbakanın kendi takdir yetkisi içindedir. Eğer Başbakan bu yöndeki çağrıyı olumlu karşılamaz ise Cumhurbaşkanının BK’na başkanlık etmesi mümkün değildir¹¹.

O halde, Cumhurbaşkanının hükümet başkanlığı konumu istisnai olup, yalnızca olağanüstü haller gereğince ve süresince geçerlidir. Bunun dışında Cumhurbaşkanının BK’nu istişari nitelikte toplantıya çağırması ve başkanlık etmesi Devlet Başkanı sıfatı ile mümkündür. Cumhurbaşkanı, Devletin başı olarak tarafsız ve sorumsuz konumuyla Cumhuriyetin ve Millettin birliğini temsilen Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetme görevi çerçevesinde BK ile istişare edebilir. Ancak Cumhurbaşkanı devlet başkanı sıfatıyla gözetme iktidarından kaynaklanan bu yetkisini kullanırken; yürütme yapılanmasının aktif siyasi kanadını temsil eden hükümetin genel siyaseti yürütme konusundaki yetkisine müdahil olmamaya özen göstermelidir¹².

¹¹ Cumhurbaşkanının olağan dönemlerde BK’nu başkanlığı altında toplantıya çağırması ve Başbakanın bu çağrıya olumsuz yanıt vermesinin “siyasal sistem krizi”ne yol açabileceğine işaret eden Abdurrahman Eren’e göre; “(...) Anayasanın 109. maddesinde, “Bakanlar Kurulu, Başbakan ve bakanlardan kurulur” dedikten sonra, 112. Maddede, “Başbakan, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak” ifadesi ile Bakanlar Kurulunun başkanının Başbakan olduğu ifade edilmektedir. Bakanlar Kurulunun iki başkanı olamayacağına göre, Cumhurbaşkanının ancak, Anayasada ifade edilen istisnai durumlarda Bakanlar Kuruluna başkanlık edebileceği sonucuna varılmaktadır. Anayasa gereğince, Bakanlar Kurulunun başkanı olarak Başbakan, Cumhurbaşkanının olağan bir Bakanlar Kurulu toplantısına başkanlık etme çağrısını kabul etmemesi durumunda, “siyasal sistem krizi” çıkabilecektir. Cumhurbaşkanının bu red durumunda yapabileceği hiçbir şey yoktur. Anayasamıza göre, Cumhurbaşkanının başbakanı “gerek gördüğü durumda” görevden alma yetkisi yoktur.” Bkz. Abdurrahman EREN, “Cumhurbaşkanı Bakanlar kuruluna Başkanlık Edebilir mi?” <http://kanuniesasi.com/index.php/kose-yazilari/17-cumhurbaskani-bakanlar-kuruluna-baskanlik-edebilir-mi> (çevrim içi: 20/09/2015).

¹² YAVUZ/BAYINDIR’ın da ifade ettiği gibi; “Cumhurbaşkanının Anayasa tarafından “hükümet başkanı” değil de “devlet başkanı” olarak konumlandırılması karşısında, Bakanlar Kuruluna başkanlık etme yetkisini “devlet başkanı” sıfatına bağlı olarak, bu sıfatının gerektirdiği istisnai durumlarda kullanabileceği sonucunu çıkarabiliriz. Bir başka ifadeyle, Cumhurbaşkanı, hükümetin genel siyasetine ilişkin toplantılara değil, Anayasa’nın 104/1 hükmündeki “devletin başı” olma ve “Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil edip” “Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetme” fonksiyonuyla ilişkili toplantılarına katılabilir.” Bkz. Bülent YAVUZ/ M. Savaş BAYINDIR, “Cumhurbaşkanının Bakanlar Kuruluna Başkanlık Et-

YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

B) Cumhurbaşkanını BK'na Başkanlık Etmeye Yönelten Hukuk Ötesi Faktörler

Cumhurbaşkanının BK'na başkanlık etmesinin anayasal kapsam ve koşulları yukarıda ifade edilmişti. Ancak bu alanda yapılacak gerçekçi bir değerlendirme, konunun hukuk ötesi boyutunun da ele alınmasını gerektiriyor. Nitekim Özbudun, Cumhurbaşkanının hükümet ve parlamento üzerinde hâkim bir rol oynayabilmesinde hukuk ötesi siyasal faktörlerin hesaba katılması gereğine işaret etmektedir. Buna göre; bir partinin tek başına parlamenter çoğunluğa sahip olduğu, Cumhurbaşkanının da bu çoğunluk partisine mensup olduğu ve o partinin lideri konumunda bulunduğu durumlarda Cumhurbaşkanı yürütmenin hâkim unsuru haline gelebilir ve sistem başkanlık rejimine yaklaşır. Parlamentoda tek bir partinin çoğunluğu sağlayamadığı, milletvekillerinin çok sayıda parti arasında dağılmış olduğu durumlarda da halk tarafından seçilmiş ve geniş anayasal yetkilerle donatılmış bir Cumhurbaşkanı siyasal açıdan güçlü bir konumda olur. Buna karşılık Cumhurbaşkanının parlamentoda çoğunluğu bulunan belirli bir partiye mensup olmadığı ya da bu partinin lideri konumunda bulunmadığı durumlarda sistemin işleyişi parlamenter sisteme yaklaşır¹³. O halde söz konusu siyasal faktörlerin de Cumhurbaşkanı'nın BK'na başkanlık etme yetkisi üzerinde etkili olabileceğini kabul etmek gerekir.

Zaten uygulamada da bu yetkinin kullanılmasında Cumhurbaşkanlarının değişik hukuk ötesi faktörlerin etkisiyle farklı yaklaşımlar sergiledik-

mesi Tartışmaları ve Sistem Arayışı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XVIII, Yıl: 2014, s. 446.

¹³ Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 355. Aynı biçimde Kemal Gözler de, Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmeye başladıktan sonra siyasal koşullara göre iki hipotezin söz konusu olabileceğini ifade etmekte ve Cumhurbaşkanını en güçlü kılan hipotezi birinci sıraya yerleştirmektedir: “Parlamentoda güçlü bir çoğunluğa sahip iktidar partisinin lideri, cumhurbaşkanı adayı olup halk tarafından cumhurbaşkanı seçilirse, pek muhtemelen seçildikten sonra gerçekte ülkenin genel siyasetini belirleyen kişi haline gelecek, bu durumda da hükümet sistemi, başkanlık sistemine oldukça benzer bir duruma gelebilecektir. Böyle bir durumda, halk tarafından seçilen ve iktidar partisinin gerçek lideri olan Cumhurbaşkanı, Anayasanın kendisine verdiği biçimsel Cumhurbaşkanlığı yetkileri yanında, hukuken kendisine değil, Bakanlar Kuruluna, başbakan ve bakanlara ait yetkileri de fiilen kullanmaya veya en azından yönlendirmeye başlayacak, ülkenin içi ve dış siyaseti Bakanlar Kurulu tarafından değil, gerçekte halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı tarafından belirlenir hale gelecektir.” Bkz. Kemal GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 302.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

leri görülmektedir. 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiğinden buyana toplam beş Cumhurbaşkanı görev yapmış ve görev süreleri boyunca BK'na başkanlık etme yetkilerini ya sınırlı biçimde kullanmışlar ya da hiç kullanmamışlardır. Buna göre; Cumhurbaşkanlığı dönemlerinde Kenan Evren (1982-1989) dört defa, Turgut Özal (1989-1993) yedi defa, Süleyman Demirel (1993-2000) iki defa, BK'na başkanlık etmiş; buna karşın A. Necdet Sezer (2000-2007) ve Abdullah Gül (2007-2014) ise BK'na hiç başkanlık etmemişlerdir. Ağustos 2014 den buyana halk tarafından seçilmiş bir Cumhurbaşkanı olarak görevini yürütmekte olan R. Tayyip Erdoğan ise yaklaşık bir yıllık süre zarfında –olağanüstü hallerin gerekli kıldığı anayasal zorunluk bulunmamasına karşın- BK'na dört defa başkanlık ederek, bu yetkiyi en sık kullanan Cumhurbaşkanı olmuştur. Bu tablo da göstermektedir ki; Cumhurbaşkanları anayasal yetkilerinde bir değişiklik olmamasına karşın BK'na başkanlık etme konusunda birbirlerinden oldukça farklı yaklaşım içinde olmuşlardır. Bu yaklaşım farklılıklarının kaynağı anayasal yetkilerinden kaynaklanmadığına göre konunun hukuk ötesi boyutu söz konusu yaklaşım farklılıklarını ortaya koymada belirleyici olacaktır. Cumhurbaşkanı BK'na başkanlık etmeye yönelten hukuk ötesi faktörleri; doğrudan halk tarafından seçilme; parti liderliği konumu, güçlü anayasal yetkiler ve çatışmacı siyasal kültür açılarından ele almak mümkündür.

Doğrudan Halk Tarafından Seçilme:

Demokratik sistemlerde halkın siyasal tercihleri “seçimler” yoluyla ifade edilir. Siyasal kurumlar açısından seçim yöntemi demokratik meşruiyetin kaynağı olarak, özü itibarıyla siyasal bir nitelik taşır. Aynı biçimde parlamenter sistemde de parlamentonun demokratik meşruiyet kazanması doğrudan halkın siyasal tercihlerine dayanması ile mümkün olur. Hükümet de parlamento içinden çıktığından ve parlamento çoğunluğuna dayandığından dolayı bir demokratik meşruiyete sahiptir. Bu açıdan bakıldığında seçimler demokratik siyasal meşruiyeti sağlamanın en temel aracıdır. Ama aynı zamanda demokrasilerde *seçim* olgusu, siyasal demokratik meşruiyeti sağlamanın yanında “çoğunluk yönetir” kuralı doğrultusunda “iktidar verme” tekniği olarak işlev görür.

Hem meşruiyet kaynağı hem de iktidar verme tekniği olarak seçim olgusu seçilmişlerin hukuksal olduğu kadar siyasal güçleri üzerinde de etkili olur. Bu açıdan, halk tarafından seçilmiş bir parlamento aracılığıyla

seçilen bir cumhurbaşkanının da dolaylı bir meşruiyete sahip olduğu doğrudur. Bununla birlikte, parlamenter sistem içinde doğrudan halk tarafından seçilen bir Cumhurbaşkanının siyasal meşruiyet açısından daha güçlü bir konum kazanacağı ve yürütme içinde olumsuz anlamda çifte meşruiyet temelinde iki başlılık sorununa yol açacağı aşikârdır¹⁴.

2007 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının beşer yıllık dönem için en fazla iki kez halk tarafından seçilme yolunun açılması, Cumhurbaşkanının demokratik siyasal meşruiyetini güçlendiren dolayısıyla onun siyasal bir güce dönüşmesine zemin hazırlayan bir etki yaratmıştır. Cumhurbaşkanının siyasal bir güce dönüştürebilecek bu etki, onun hükümet ve parlamento ile ilişkilerinde belirleyici olabilecek hukuk ötesi dinamikleri - geçmişe oranla- daha fazla hesaba katma zorunluluğu doğurmuştur. Çünkü halk tarafından seçilmiş Cumhurbaşkanı ile parlamento ve bu parlamentodan çıkacak hükümet arasında oluşacak ilişkinin *çatışma* ya da *iktidar yoğunlaşması* tezleri ekseninde gelişeceği kuvvetli bir olasılıktır¹⁵.

Türkiye’de Cumhurbaşkanının hem siyasal sorumsuzluğa, hem de önemli anayasal yetkilere sahip olması ve seçim yoluyla kazandığı siyasal güç, onun BK ile olan ilişkilerinde belirleyici bir rol oynama olasılığını güçlendirmiştir. Öte yandan, Cumhurbaşkanı seçimlerinin siyasal bir rekabet sürecini zorunlu kılması, bu seçimlerde başta parti liderleri olmak üzere önemli politik şahsiyetlerin dışındaki kimselerin seçilme şanslarını hemen hemen imkânsız hale getirmiştir. Parti liderliğinden gelen bir cumhurbaşkanı ile meclis çoğunluğunun aynı siyasal partiden olması, yasama

¹⁴ Bülent Tanör’ün de ifade ettiği gibi; “cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin asıl sakıncası yürütme organının kelimenin olumsuz anlamında “iki başlı” hale getirilmesi olasılığının yüksekliğindedir. 1982 Anayasası zaten cumhurbaşkanlığının sembolik bir makam olmaktan çıkıp önemli yetkilerle donatmıştır. Cumhurbaşkanları bu yetkilerini kullanırken halk tarafından seçilmiş olmamanın “ezikliği” içinde görünmüş de değillerdir. Bu önemli yetkilerle donatılmış makamın bir de halk tarafından seçilmesi, cumhurbaşkanına anayasa içinde ama parlamento dışında bir meşruluk kaynağı daha sağlayacaktır. Bu ise onun hükümetle sert sürtüşmelere girmesini kolaylaştıracak bir faktördür. Meşruluğunu ve güvenini meclisten alan bir hükümet ile meşruluğunu ve prestijini genel oydan aldığını ileri süren bir cumhurbaşkanı arasındaki çekişmeler önce yürütme organını, sonra da giderek devlet çarkını esaslı bir şekilde felce uğratma istidadını bünyesinde taşır.” Bkz. Bülent TANÖR, **Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri**, TÜSİAD Yayını, İstanbul 1997, s. 62.

¹⁵ Bkz. Ekrem Ali AKARTÜRK, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, Yeditepe Üniversitesi Yayınları, I. Bası, İstanbul 2010. s. 265.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ve yürütme organlarının doğal lideri olarak cumhurbaşkanlığını iktidar yoğunlaşmasının odağı haline getirebilir. Gerçekten de halk tarafından seçilmiş bir Cumhurbaşkanı, baskın politik kimliği ve kendisiyle aynı siyasal yelpazeyi paylaşan bir parlamento çoğunluğu ile yan yana geldiğinde, güçlü bir iktidar merkezine dönüşecektir. Cumhurbaşkanının böyle bir süreçte giderek kendisini BK'nun da doğal lideri olarak görmesi ve hükümetin genel siyasetin yürütülmesi işlevine müdahale etmesi *iktidar yoğunlaşması* tezini hayata geçirir. Hatta parlamentodaki çok parçalı bir siyasal yapının ürettiği koalisyon hükümetleri de bazı koşullarda Cumhurbaşkanının aktif bir siyasal rol üstlenmesine neden olabilir. Gerçekten de halk tarafından seçilmiş, demokratik meşruiyet açısından son derece güçlü bir Cumhurbaşkanı karşısında demokratik meşruiyeti zayıf, etkinliği düşük, istikrarsız koalisyon hükümetleri siyasal iktidar boşluğuna neden olabilir; böyle bir durumda siyasal meşruluğu güçlü bir Cumhurbaşkanı ortaya çıkan iktidar boşluğunu doldurma işlevini üstlenecektir. Cumhurbaşkanına koalisyon hükümetleri karşısında üstünlük kazandıracak bu tür koşullar, hükümet sisteminin yarı-başkanlık biçiminde işlemlerini de kolaylaştıracak ve onu BK'nun lideri konumuna getirebilecektir.

Çatışma tezi ise parlamenter çoğunluğa sahip tek-partili bir hükümetin varlığı durumunda gerçeklik kazanabilir. Mecliste güçlü bir desteğe sahip tek-partili bir hükümet kendi yetkilerini Cumhurbaşkanı ile paylaşmak istemeyecektir. Cumhurbaşkanının -anayasal zorunluluklar dışında-BK'na başkanlık etme girişiminde bulunması oldukça düşük bir olasılık olduğundan, çatışma krizi riskine karşı parlamenter sistemdeki anayasal sınırlarına geri çekilme yoluna gidebilir. Ancak halk tarafından doğrudan seçilmiş ve politik bir mücadeleden geçmiş bir Cumhurbaşkanının hükümet ile siyasal güç mücadelesine girerek, çatışma tezini hayata geçirmesi daha kuvvetli bir olasılıktır. Sonuç olarak, politik bir mücadele sürecinden geçerek halk tarafından seçilen bir Cumhurbaşkanının anayasal sınırları zorlamadan ve hükümetin genel siyaseti yürütme işlevine müdahale etmeden BK ile bir ilişki kurabilmesi onun bu konuda oldukça dikkatli, özenli ve özdenetimli olmasını gerektirmektedir.

Parti Liderliği Konumu:

Parlamenter sistem, hükümet ile parlamentodaki sayısal çoğunluğun aynı siyasal partinin/partilerin elinde olduğu bir yapıyı ifade eder. Bu yapıda

çoğunluk partisinin lideri aynı zamanda hükümetin de lideridir. Bakanlar yalnızca hükümet üyesi değil, aynı zamanda iktidar partisine mensup parti yöneticileri/üyeleridir. Dolayısıyla, parti lideri hem hükümet üyeleri üzerinde hem de parlamentodaki çoğunluğu üzerinde siyasal bir otoriteye sahiptir.

Öte yandan, “*parti lideri*” derken partinin genel başkanını kastetmiyoruz. Parti liderliği ile parti genel başkanlığı özdeş kavramlar değildir. Parti örgütü ve parti politikaları üzerinde en etkili kimse, partinin lideri odur. Bununla birlikte çoğu zaman parti genel başkanları o partinin aynı zamanda lideri konumundadırlar. Ancak, değişik nedenlerle partinin gerçek lideri ile parti genel başkanı farklı kişiler olabilir¹⁶.

Genellikle parti bağı olmayanlara oranla parti liderliğinden gelen Cumhurbaşkanları yürütme içinde etkin bir siyasal rol üstlenme konusunda daha eğilimlidirler. Özellikle Cumhurbaşkanı, parlamento çoğunluğunu ve dolayısıyla hükümeti elinde bulunduran partinin doğal lideri olarak algılanıyorsa, anayasadaki sınırlı yetkilerini *de facto* siyasal gücü ile dengelemek isteyecektir. Böyle bir durumda hükümet sistemi *de jure* anlamda parlamenter *de facto* anlamda ise, yarı-başkanlık rejimi görünümünde olacaktır¹⁷.

Hükümet partisi liderinin Cumhurbaşkanı olarak seçilmesi ve parti liderliğini sürdürme niyetinde olan seçilmiş Cumhurbaşkanının fiilen BK'nun da liderliğini ele alması anayasal ve siyasal uygulamalar açısından önemli sonuçlar doğurur. Gerçi 1982 Anayasası Cumhurbaşkanına devletin başı sıfatıyla Cumhuriyeti ve Millet'in birliğini temsil etme görevi yüklediğinden onun bu görevi yerine getirirken tarafsız olmasını emretmiştir. Bu çerçevede Cumhurbaşkanı seçilen kişinin milletvekili ise milletvekilliğinin sona ereceği, parti mensubu ise partisi ile ilişkisinin kesileceği hükme bağlanarak, tarafsızlık yükümlülüğü anayasal tedbirler ile somutlaştırılmıştır. Dolayısıyla tarafsızlık yükümlülüğü altında görevini yürütmekle sorumlu bir Cumhurbaşkanının parti liderliğini çağrıştıracak bir eylemde

¹⁶ Örneğin, 3 Kasım 2002 seçimlerinde AKP Genel Başkanı R. Tayyip Erdoğan partisi seçimlerden tek başına hükümet kuracak çoğunluğa sahip olduğu halde milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmadığından, milletvekili olamamış ve dolayısıyla başbakanlığa atanma imkânı elde edememiştir. Bunun üzerine parti çoğunluğunun ve Genel Başkan Erdoğan'ın işaret ettiği milletvekili Abdullah Gül Başbakan olarak atanmıştır.

¹⁷ Ekrem Ali AKARTÜRK, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, s. 242.

bulunması Anayasa'ya aykırılık oluşturacaktır. Ancak söz konusu tedbirlerle rağmen bir Cumhurbaşkanı'nın parti mensubu gibi davranması hatta iktidar ya da bir muhalefet partisinin fiili liderliğini yapması anayasal bir yaptırıma bağlanmamıştır.

1982 Anayasası'nda öngörülen Cumhurbaşkanı seçilenin partisi ile ilişkisinin kesilmesi hükmünü dar ve geniş anlamda yorumlamak mümkündür. Dar anlamıyla; cumhurbaşkanı seçilen kişinin partisi ile ilişkisinin kesilmesi; parti üyeliğinden, partideki görevlerinden kaynaklanan bütün hukuksal bağlarını koparması sonucunu doğurur. Geniş anlamda yorum ise, bu hukuksal bağın yanında fiili siyasal bağın da koparılmasını kapsar. Parti Genel Başkanı ve Başbakan iken cumhurbaşkanlığına seçilen S. Demirel'in kendi partisi ile hem hukuksal hem de siyasal bağını kesmesi geniş anlamda partisi ile ilişkisinin kesilmesine örnek verilebilir. Buna karşın yine başbakan ve parti lideri konumunda iken Cumhurbaşkanı seçilen Turgut Özal'ın ve R. Tayyip Erdoğan'ın eski partileri ile hukuki bağlarını kesmelerine karşın fiili siyasal bağlarını değişik derecelerde devam ettirmiş olmaları tarafsızlık açısından eleştirilmiştir¹⁸. O halde, Cumhurbaşkanı'nın tarafsızlığı partisi ile yalnızca hukuksal bağın koparılmasını değil,

¹⁸ ANAP Genel Başkanı ve Başbakan iken 31 Ekim 1989'da kendi partisinin desteği ile 8. Cumhurbaşkanı seçilen Turgut Özal, Cumhurbaşkanlığı döneminde de eski partisi ve hükümet üzerinde etkili bir otoriteye sahipti. Bu nedenle, Akbulut Hükümeti "4. Özal Hükümeti" ya da "uzaktan kumandalı hükümet" gibi eleştirilere maruz kaldı. Nitekim Özal, bu dönemde parti başkanı ve başbakan gibi hareket etmiş; ekonomi, dış politika ve güvenlik gibi konularda siyasal karar alma inisiyatifini sürdürmüştür. O'nun bu tutumu hükümet sisteminin "fiili yarı-başkanlık" olarak nitelendirilmesine yol açmıştır. Bkz. **Türkiye Tarihi 5 Bugünkü Türkiye 1980-2003**, s. 63-86. Aynı biçimde AKP Genel Başkanı ve Başbakan iken 10 Ağustos 2014'te Cumhurbaşkanı seçilen R. Tayyip Erdoğan da partisi ile hukuki bağını kesmesine karşın, fiili siyasal bağlarını değişik biçimlerde devam ettirmiştir. Erdoğan, tarafsız cumhurbaşkanı olmayacağını "Milletin tarafında" olacağını, "devletin başı olarak gerektiğinde doğu anadolu'nun bir köyündeki su meselesiyle de ilgilenecek, çözüm süreciyle de, paralel yapıyla mücadelede de yer alacak" bir Cumhurbaşkanı olacağını henüz seçim sürecinde iken ilan etmiştir. (Bkz. Başbakan Erdoğan tarafından 8 Temmuz 2014 tarihinde AKP grup toplantısında yapılan konuşma). Nitekim henüz bir yıllık görev süresini doldurmadan Bakanlar Kurulunu dört defa kendi başkanlığında Cumhurbaşkanlığı Sarayında toplayarak, hükümet başkanlığı fonksiyonunu üstlenmiştir. Ayrıca Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın 7 Haziran 2015 milletvekili genel seçimlerinde mitingler düzenleyerek, iktidar partisi AKP'nin yanında yer alması "cumhurbaşkanının tarafsızlığı" noktasında ciddi eleştirilere uğramıştır.

aynı zamanda fiili siyasal bağın da koparılmasını gerektirir. Bu gerekliliğin karşılanması aktif siyasetten gelen ve özellikle parti lideri konumunda olan kişiler için daha özel bir çabayı zorunlu kılar.

Güçlü Anayasal Yetkiler:

Parlamente rejimde devlet başkanının güçlendirilmesinden kaçınılır. Parlamente rejimin işleyiş mantığına uygun olarak partiler üstü tarafsız bir konumda olması gereken devlet başkanı, güç kazandıkça kendi doktrini, siyasal programı ve siyasal tercihleri olan tek kişilik bir partiye dönüşebilir¹⁹.

Türkiye’de cumhurbaşkanının hem siyasal sorumsuzluğa, hem de önemli anayasal yetkilere sahip olmasına seçim yoluyla kazandığı siyasal güç de eklenince, fiili planda sistemi klasik parlamente hükümet modeline uygun olarak işletmek zorlaşmıştır. Bir kere 1982 Anayasası’nın Cumhurbaşkanını güçlü anayasal yetkilerle donatması politik şahsiyetler ve özellikle başbakanlık yapmış parti liderleri için cumhurbaşkanlığını cazip hale getirmektedir. Parti liderliği ve başbakanlık yapmış bir kişinin politik kimliği ile Cumhurbaşkanı seçilmesi onun anayasal yetkilerini kullanırken, politik bir iktidar alanı yaratmasını kolaylaştırmaktadır. Bu politik iktidar alanını tahkim etmenin en önemli enstrümanı ise Cumhurbaşkanının “*gerekli gördüğü hallerde*” BK’na başkanlık ederek, bu Kurulun doğal liderine dönüşmesidir.

Anayasal planda bakıldığında; hükümetin genel siyasetinin BK tarafından belirlenmesi ve Başbakanın bu siyasetin yürütülmesini gözetme yetkisi bulunmaktadır. Ancak güçlü anayasal yetkilerle donatılmış bir Cumhurbaşkanı, hükümetin genel siyasetin yürütülmesi konusundaki yetkisine müdahale etmede ya da bu yetkiye ortak olmada daha cesaretli davranacaktır. O halde, ister parti liderliğinden gelsin isterse doğrudan halk tarafından seçilsin sembolik yetkilerle sınırlanmış bir Cumhurbaşkanının politik bir iktidara dönüşmesi daha zordur. Nitekim Cumhurbaşkanlarının doğrudan halk tarafından seçilmesine karşın, güçlü anayasal yetkilerle donatılmadığı, bilakis sembolik yetkilerle sınırlandırıldığı *başkanlı parlamente*

¹⁹ Mehmet TURHAN, **Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fak. Yayını, Diyarbakır 1989, s. 101.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

*sistemlerde*²⁰ Cumhurbaşkanlarının politik bir iktidar unsuruna dönüşmesine tanık olunmamıştır.

Çatışmacı Siyasal Kültür:

Cumhurbaşkanının görece olarak önemli anayasal yetkilere sahip olduğu parlamenter rejimlerde, eğer uzlaşma kültürüne yabancı kutuplaşmış parti sistemi de hüküm sürüyorsa Cumhurbaşkanı kolaylıkla bir iktidar merkezine dönüşebilir. Özellikle Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi bir siyasal rekabet sürecini gerektirdiğinden, bu olgu siyasal kutuplaşma riskini derinleştiren bir etki yaratır. Cumhurbaşkanı adayları seçilebilmek için belirli bir politik tabana hitap etme, mevcut hükümet politikalarına taraf ya da muhalefet olma gibi bir takım politik davranışlara yönelmek durumunda kalırlar²¹. İşte çatışmacı siyasal kültür ikliminde geli-

²⁰ Cumhurbaşkanlarının doğrudan halk tarafından seçilmesine karşın, güçlü anayasal yetkilere dolayısıyla siyasal iktidara sahip olmadığı parlamenter rejim uygulamaları *başkanlı parlamenter rejim* biçiminde tasnif edilmektedir. Başkanlı parlamenter rejim uygulamalarının geçerli olduğu ülkelerde (Avusturya, İrlanda, İzlanda, Finlandiya, Slovakya, Bulgaristan) Cumhurbaşkanlarının ayrı bir iktidar merkezine dönüşmeleri söz konusu değildir. Bu konuda bir çalışma için bkz. Şule ÖZSOY , **Başkanlı Parlamenter Sistem**, Oniki Levha Yayıncılık, 1. bası, İstanbul, Aralık 2009. Nitekim 27 Aralık 1979'da, üst düzey komutanlar tarafından Cumhurbaşkanına verilen "uyarı mektubu"nda; 12 Eylül Müdahalesine neden olan terör ve şiddet olaylarının siyasal partilerin yol açtığı ideolojik kutuplaşmadan kaynaklandığını ileri sürerek, "tüm anayasal kuruluşlar ve siyasal partilerin bir kere daha uyarılması bütün komutanlarca müştereken dile getirildi." denilerek, şu ifadelere yer veriliyordu: "Türk Silahlı Kuvvetleri; ülkemizin siyasal, ekonomik ve sosyal sorunlarına bir çözüm getiremeyen, anarşi ve bölücülüğün ülke bütünlüğünü tehdit eden boyutlara varmasını önleyemeyen, bölücü ve yıkıcı gruplara tavizler veren ve kısır siyasal çekişmeler nedeni ile uzlaşmaz tutumlarını sürdüren siyasal partileri uyarıya karar vermiştir." T.C. Devlet Başkanı Orgeneral Kenan Evren'in Söylev ve Demeçleri, Başbakanlık Basımevi, 1981.

²¹ Bununla birlikte, başkanlı parlamenter sistemlerde Cumhurbaşkanlarının doğrudan halk tarafından seçilmesine karşın bir siyasal iktidar odağına dönüşmediği görülmektedir. Söz konusu rejimlerde siyasal çatışma kültürünün değil siyasal uzlaşma kültürünün egemen olması Cumhurbaşkanının politik bir güce dönüşmesini gereksiz kılmaktadır. Bu sistemin geçerli olduğu ülkelerde (Avusturya, İrlanda, İzlanda, Finlandiya, Slovakya, Bulgaristan) partiler arasında sert ideolojik ayrılıklar söz konusu olmayıp, anayasal değerler üzerinde uzlaşmış çoğulcu bir siyasal kültür yapısı mevcuttur. Dolayısıyla, anılan koşullar geniş tabanlı koalisyon hükümetlerine yol açsa bile, hükümet istikrarı korunabilmektedir. Söz konusu çoğulcu ve uzlaşmacı siyasal yapıda cumhurbaşkanlarının sık sık hakem rolü üstlenmesi ya da denge ve fren mekanizması olarak işlev görmesi gerekmiyor. Bu açıdan, başkanlı parlamenter rejimlerde siyasal uzlaşma geleneğinin egemen olması Cumhurbaş-

YUHFĐ Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFĐ Vol. XII No. 1 (2015)

şen bu siyasal kutuplaşmada Cumhurbaşkanı politik bir aktöre dönüşerek, de facto bir siyasal güce ve siyasi taraf olmaya eğilimli olacaktır. Gerçekten de uzlaşma kültürünün yeterince gelişmiş olmadığı ve çok kutuplu parti sistemine sahip siyasal rejimlerde halk tarafından seçilen bir Cumhurbaşkanı'nın hükümet karşısında bir siyasal güç ya da hükümetle birlikte bir siyasal güç odağına dönüşmesi kaçınılmazdır. Böyle bir siyasal güç odağının sınırlı, sembolik anayasal yetkilerle yetinmesini ya da partiler üstü tarafsız bir tutum takınmasını beklemek gerçekçi olmayacaktır. Bu tip bir parlamenter sistemin *de facto* yarı-başkanlık sistemine dönüşmesi kuvvetli bir olasılıktır²².

Türkiye'de öteden beri ideolojik, etnik ve dinsel bölünmüşlükten beslenen çok kutuplu, çatışmacı bir siyasal kültür yapısı egemendir²³. Hatta askeri darbelerin vücut bulmasında bu çatışmacı siyasal kültürün payı da bulunmaktadır²⁴. Bu çatışmacı siyasal kültür, çoğu zaman koalisyon hükümetlerinin ya kurulmasını engellemiş ya da kurulsa bile istikrarlı ve etkin bir yönetim oluşturmaya izin vermemiştir. Ayrıca siyasal partiler arasında demokratik ve anayasal değerler üzerinde gerçek bir uzlaşma bulunmadığından siyasal çatışmalarda Cumhurbaşkanı'nın sık sık siyasal inisiyatif üstlenmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumda Cumhurbaşkanı 1982 Anayasası uyarınca bir denge ve fren mekanizması olarak, tarafsız hakem rolünü üstlenebilir. Ancak siyasal çatışma kültürünün egemen olduğu bir yapıda Cumhurbaşkanı'nın günlük siyasal çekişmelerde taraf ola-

kanlarının partiler-üstü konularıyla tarafsız bir rol oynamalarını ve sembolik yetkilerle yetinmelerini kolaylaştırmaktadır.

²² Ekrem Ali AKARTÜRK, **Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri**, s. 244-245.

²³ Bu konuda KONDA tarafından yapılan bir araştırma için bkz. "Toplumda ve Siyasette Kutuplaşma Raporu", Hazırlayan: Bekir Ağırır, Radikal Gazetesi 13-17 Haziran 2010. http://www.konda.com.tr/tr/raporlar/2010_06_KONDA_Toplumda_Siyasette_Kutuplasm_a.pdf

²⁴ Nitekim 27 Aralık 1979'da, üst düzey komutanlar tarafından Cumhurbaşkanı'na verilen "uyarı mektubu"nda; 12 Eylül Müdahalesine neden olan terör ve şiddet olaylarının siyasal partilerin yol açtığı ideolojik kutuplaşmadan kaynaklandığı ileri sürülerek, şu ifadelerle yer veriliyordu: "Türk Silahlı Kuvvetleri; ülkemizin siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlarına bir çözüm getiremeyen, anarşi ve bölücülüğün ülke bütünlüğünü tehdit eden boyutlara varmasını önleyemeyen, bölücü ve yıkıcı gruplara tavizler veren ve kısır siyasi çekişmeler nedeni ile uzlaşmaz tutumlarını sürdüren siyasi partileri uyarmaya karar vermiştir." Bkz. **T.C. Devlet Başkanı Orgeneral Kenan Evren'in Söylev ve Demeçleri**, Başbakanlık Basımevi, 1981.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

rak, kolaylıkla siyasi kutuplaşmanın etkisi altında kalması, bir siyasi iktidar odağına dönüşmesi daha kuvvetli bir olasılıktır.

Siyasi çatışma kültürünün Cumhurbaşkanını siyasi iktidar odağına dönüştürebileceği diğeri bir durum koalisyona dönemleridir. Koalisyona dönemlerinde hükümet istikrarsızlıklarının yaşanma olasılığı artmakta; bu durum ise siyasi iktidar boşluğu yaratmaktadır. Siyasi çatışma kültürü koalisyona hükümetleri üzerinde de olumsuz rol oynadığından, Cumhurbaşkanının koalisyona dönemlerinde ortaya çıkabilecek iktidar boşluğunu doldurması da olasıdır. Hükümetlerin düştüğü ve yeni koalisyona uzun ve yorucu pazarlıklar sonucu gerçekleştiği bu dönemlerde, Cumhurbaşkanının bir istikrar unsuru olarak siyasi iktidar kullanabileceği fırsatlar artmaktadır²⁵.

Sonuç

1982 Anayasası, Cumhurbaşkanını güçlendirmekle birlikte, onu yarıbaşkana dönüştürecek seviyede anayasal yetkilerle donatmamıştır. 2007 Anayasa değişikliği ise Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini öngörmekle birlikte, anayasal yetkilerinde bir değişiklik yapmamıştır. O halde 1982 Anayasası'nın öngördüğü hükümet sisteminin ağırlıklı olarak parlamenter sistem olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bu sistemin belirli siyasi dinamiklere bağlı olarak zaman zaman yarı başkanlık ya da başkanlık sistemini çağrıştıracak biçimde işlemesi siyasi olgu ile anayasal kurgu arasındaki uyumsuzluğa işaret etmektedir. Bu uyumsuzluğun temel görünüşlerinden birini de Cumhurbaşkanının BK'na başkanlık etme pratiğinden kaynaklandığını söyleyebiliriz.

1982 Anayasası'nın öngördüğü parlamenter hükümet sisteminde kural, BK'nun Başbakanın liderliğinde toplanması ve karar almasıdır. Yürütme yapılanmasının aktif siyasi kanadını temsil eden hükümet, genel siyasetin yürütülmesi bağlamında *yürütme iktidarını* kullanmaktadır. Cumhurbaşkanının hükümet başkanlığı konumu istisnai olup, yalnızca olağanüstü haller gereğince ve süresince geçerlidir. Bu çerçevede Cumhurbaşkanının BK'nu başkanlığı altında toplantıya çağırması, BK'na başkanlık etmesi ve ortak tasarruflarda bulunmaları Anayasa ile belirlenen olağanüstü yönetim usulleri çerçevesinde mümkün olabilmektedir. O halde olağanüstü ha-

²⁵ Ekrem Ali AKARTÜRK, *Parlamenter Rejim Uygulamaları ve Parti Sistemleri* s. 260.

lin/sıkıyönetimin ilanı ile olağanüstü halin/sıkıyönetimin gerektirdiği konularda kanun hükmünde kararname çıkarılması Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan BK kararı ile mümkün olabilecektir. Söz konusu anayasal istisnaların dışında BK'nun başkanı Başbakandır. Cumhurbaşkanının BK'na başkanlık edeceği anayasal istisnalar dışında BK'nu başkanlığı altında toplantıya çağırması ve bu Kurula başkanlık etmesi ancak Başbakanın izniyle mümkün olabilir. Cumhurbaşkanının başkanlığında yapılacak bu tür istişari BK toplantılarında karar çıksa bile Cumhurbaşkanının alınacak kararlara ortak olması, oy kullanması mümkün değildir. Cumhurbaşkanının istişari nitelikte yapacağı BK toplantılarının amacı gözetme iktidarı çerçevesinde karşılıklı uyum ve bilgi alışverişinde bulunmaktan ibarettir. O halde Cumhurbaşkanı, Devletin başı olarak tarafsız ve sorumsuz konuyla Cumhuriyetin ve Milletten birliğini temsilen Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetme görevi çerçevesinde BK ile istişare edebilir. Ancak Cumhurbaşkanı devlet başkanını sıfatıyla gözetme iktidarından kaynaklanan bu istisnai yetkisini kullanırken; yürütme yapılanmasının aktif siyasi kanadını temsil eden hükümetin genel siyaseti yürütme konusundaki yetkisine müdahil olmamaya özen göstermelidir.

Öte yandan Cumhurbaşkanını BK'na başkanlık etmeye yönelten hukuk ötesi faktörleri etkisiz kılacak anayasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Parlamenter sistem sorumsuz, tarafsız konumuyla sembolik yetkilere sahip bir devlet başkanı gerektirmektedir. O halde Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği anayasal yetkiler açıklığa kavuşturularak sınırlanmalıdır. Ayrıca Cumhurbaşkanını doğrudan halka seçtirmek yönteminden vazgeçilmelidir. Türkiye gibi kutuplaşmış, çok parçalı ve siyasal uzlaşma kültürünün gelişmediği bir parti sistemi ve bu sisteme kaynaklık eden ideolojik, dinsel, etnik ayrımların keskin olduğu toplumsal yapı mutlaka tarafsız partiler üstü konuma sahip bir Cumhurbaşkanını gerektiriyor. Gerçekten de kutuplaşmalara karşı birleştirici, siyasal iktidar karşısında dengeleyici ve siyasal uzlaşmazlıklar karşısında hakem rolü oynayan bir Cumhurbaşkanı parlamenter sistemin iyi işleminde önemli bir işlev görecektir. O halde, Cumhurbaşkanını halka seçtiren onu politize etmek yerine, meclis tarafından mutlaka nitelikli çoğunluğa dayalı uzlaşma ile seçilmesini sağlayan, yetkilerini sembolik düzeye indirgeyen anayasal düzenlemeler yapılmalıdır.

AVRUPA BİRLİĞİNDE YEREL YÖNETİMLERİN İDARİ VE MALİ YAPISI

(ADMINISTRATIVE, AND FINANCIAL STRUCTURE OF THE LOCAL GOVERNMENTS IN THE EUROPEAN UNION)

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Dr. İrfan TÜRKOĞLU*

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Adil BUCAKTEPE**

ÖZET

Avrupa Birliği (AB) ülkeleri Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nda (AYYÖŞ) yetkilerle donatılmış yerel yönetimlerin varlığının, hem etkili hem de vatandaşlara yakın bir hizmet sağlayacağına inanarak, AB ülkelerinde özerk yerel yönetimlerin korunması ve güçlendirilmesinin demokratik ilkelere ve yönetimde adem-i merkezîyetçiliğe dayanan bir Avrupa oluşturulmasında önemli bir katkı sağlayacağını düşünmüşlerdir. Bunun için de karar organları demokratik bir şekilde oluşan, sorumlulukları, yetkileri, karar alma ve uygulama serbestlikleri ve bu sorumlulukların karşılanması için gerekli kaynaklar bakımından geniş bir özerkliğe sahip yerel yönetimlerin olması gerektiğini kabul etmişlerdir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, Mali Özerklik, Yerel Yönetim, İdari Teşkilatlanma.

ABSTRACT

Under the assumption that the existence of local governments bestowed through the authority of European Charter of Local Self-

* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** irfanelturko@gmail.com

** Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** adilbucaktepe@hotmail.com

Government (ECLSG) would lead to the provision of effective and responsive services for the citizens of the EU countries, they considered that the protection and empowerment local governments would contribute primarily to the establishment of a Europe based on democratic and decentralized principles. To this end, it is accepted that local governments have broad autonomy in terms of having democratically established decision bodies, along with responsibilities, authorities and free will in decision making and implementation and access to necessary resources to meet these responsibilities.

Keywords: *European Charter of Local Self-Government, Fiscal Autonomy, Local Government, Administrative Organization.*

GİRİŞ

Ülkelerin idari teşkilatlanmaları benimsenen siyasi rejim, tarihsel geçmiş, ekonomik ve sosyal yapı gibi çok çeşitli unsurlara bağlı olarak şekillenmektedir. Bundan dolayı devletlerin idari teşkilatlanmalarının birbirinden farklı olması kaçınılmazdır. Devletlerin idari teşkilatlanmalarındaki bu farklılıklara rağmen genellikle ülkelerin idari teşkilatlanmaları iki ana sistem üzerine kuruludur. Bunlar merkezden yönetim (merkeziyet) ve yerinden yönetim (adem-i merkeziyet¹) sistemleridir (Gözübüyük ve Tan, 2005: 159; Özyörük, 1982: 151; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2011: 171; Osten, 1968: 105; Atay, 2012: 202).

Merkezden yönetim ve yerinden yönetim ilkelerinden birini kabul edip diğerini tamamen reddetmek mümkün değildir. Bir başka ifadeyle bütün yetkilerin merkezde toplanması ve tüm kamu hizmetlerinin tek elden yürütülmesi ya da tam tersine her türlü yetki ve sorumluluğun yerel yönetimlerde bırakılması halinde kamu hizmetlerinin sunulmasında ciddi aksaklıkların ortaya çıkacağı muhakkaktır. Anılan iki sistem birbirini tamamlayan sistemlerdir. Devletlerin, tarihsel, sosyal ve ekonomik, kendi özel durumlarına göre bu iki sistemden birine ağırlık verebilmeleri mümkündür

¹ Adem-i merkeziyet kavramındaki “adem” kelimesi, “bulunmama, yokluk” manasına gelir. (bkz: Yılmaz, 1992: 26).

(Derbil, 1940: 243; Giritli, Bilgen ve Akgüner, 2006: 175; Gözübüyük ve Tan, 2005: 159).

Devletin bazı görevleri bizzat kendisinin yapması zorunludur. Bu husus idari teşkilatlanmada merkezden yönetim sisteminin kabul edilmesini gerekli kılmaktadır (Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2011: 171-172). Merkezden yönetim ya da merkezîyet vatandaşlara sunulacak kamu hizmetlerinin bir merkezden, ki bu merkez başkenttir, sınırlı sayıda yetkili tarafından yerine getirilmesidir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Onar, 1966: 589-598; Osten, 1968: 98-102; Eroğlu, 1972: 129-133; Duran, 1982: 47-62; Özyörük, 1982: 151-160; Günday, 2013: 65-70; Yıldırım, 2006: 18-20; Çağlayan, 2014: 82-86).

Yerinden yönetim, mahalli nitelikte ya da teknik nitelikte bazı kamu hizmetlerinin merkezi idarenin dışında örgütlenmiş olan kamu tüzel kişileri tarafından yerine getirilmesidir. Yerinden yönetim, “siyasi yönden yerinden yönetim” ve “idari yönden yerinden yönetim” olmak üzere ikiye ayrılır. Siyasi yönden yerinden yönetim konumuz dışında olup Anayasa Hukukunu ilgilendirmektedir. İdari yönden yerinden yönetim “yer yönünden yerinden yönetim” (yerel yönetim) ve “hizmet yönünden yerinden yönetim” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Belirli bir bölgede oturanların o bölgeye özgü gereksinimlerinin karşılanması ve kamu hizmetlerinin sunulması için kurulmuş olan özerk nitelikteki kamu tüzel kişiliklerinin oluşturduğu sisteme yerel yönetim denilmektedir. Hizmet yönünden yerinden yönetim ise teknik nitelikteki bazı kamu hizmetlerinin merkezi idare teşkilatının dışında yer alan kamu tüzel kişileri tarafından yürütülmesidir (Eroğlu, 1972: 133-135; Günday, 2013: 70-75; Yıldırım, 2006: 21; Gözler ve Kaplan, 2014: 77).

Yerinden yönetimden bahsedilebilmesi bazı şartların varlığına bağlıdır. Bu şartlar tüzel kişiliğe sahip olmak, mali özerkliğe sahip olmak, idari özerkliğe sahip olmak ve merkezi idarenin vesayet denetimine tabi olmaktır. Yerinden yönetim kuruluşlarının merkezi idarenin dışında ondan bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olması zorunludur. Aksi takdirde hak yaratıcı ve borç doğurucu işlemler yapması mümkün olmayacaktır. Bir başka ifadeyle haklara ve borçlara sahip olması söz konusu olmayacaktır. İkinci olarak yerinden yönetimlerin mali bağımsızlığa ya da mali özerkliğe sahip olması şarttır. Yerinden yönetim kuruluşlarının üstlendikleri kamu hizmetinin yürütülmesinde bizzat kullanmak üzere kendi gelir kaynakları, kendi

bütçeleri olmalıdır. Ayrıca bütçelerinin, kendilerinden beklenen hizmetleri yapmaya yetecek derecede geniş olması zorunludur. Üçüncü olarak yerinden yönetim kuruluşlarının görevlerini daha iyi yapabilmeleri için idari özerkliğe ya da bir başka ifadeyle personel bağımsızlığına sahip olmaları zorunludur. Personel bağımsızlığının sağlanması, yerinden yönetim kuruluşlarının yöneticilerinin seçimle göreve gelmesine bağlıdır. Son şart olarak, yerinden yönetimden bahsedilebilmesi için bu kuruluşların merkezi idarenin hiyerarşisine dahil olmaması gereklidir. Merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerinde idari vesayet denetimi vardır. İdarenin bütünlüğünü sağlama adına yapılacak bu denetimin sınırlı olacağına kuşku yoktur. Aksi takdirde özerkliğin² zarar görmesi kaçınılmazdır (Giritli, Bilgen ve Akgüner, 2006: 186-188; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2011: 177-178; Atay, 2012: 216-217; Gözler ve Kaplan, 2014: 78-79; Aktalay, 2011: 99-100; Bayrakçı, 2002: 95-96. Mahalli idarelerin, merkezi idare tarafından denetlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Arslan, 1978: 7 vd.)

Avrupa Konseyi (AK), 1981-1984 yılları arasında yerel yönetimlerin özerkliği ile ilgili bazı ilkeleri tartışarak “*Yerel idarelerin güçlendirilmesi, özerkliklerinin savunulması, yerinden yönetim ve demokrasi ilkelerine dayanan bir Avrupa’nın kurulmasının temel koşuludur*” görüşünden hareketle Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı (AYYÖŞ)’nı kabul etmiştir³.

² Yunanca “autos: kendi” ve “nomos: yasa” sözcüklerinin birleşmesinden oluşan “özerklik” (autonomy) kavramı Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlüğü’nde, “Bir topluluğun, bir kuruluşun ayrı bir yasaya bağlı olarak kendi kendini yönetme hakkı, muhtariyet, otonomi” şeklinde tanımlanmıştır.

www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS (Erişim Tarihi: 30.11.2014). Özerklik kavramı Hukuk Sözlüğü’nde de benzer şekilde tarif edilmektedir: “Muhtariyet; otonomi; bir kurumun kendi kendini yönetmesi; özerklik, dış etki veya baskılardan (örneğin siyasal etkilerden ve baskılardan) bir kurumu korumak için tanınır; böylece özerk bir kurum, kendine düşen görevi gereği gibi yerine getirmiş olur; örneğin, üniversiteler özerk kurumlardır.” Yılmaz, 1992: 714. Özerklik kavramı hakkında ayrıca bkz: Zanobini, 1945: 61-67; Bayrakçı, 2002: 94-96.

³ Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, 15 Ekim 1985 tarihinde imzaya açılmış, Türkiye’yi anlaşılmayı 21 Kasım 1988’de imzalamış, 8 Mayıs 1991 tarih ve 3723 sayılı Kanunla TBMM tarafından bazı maddelerine çekinceler konulmak suretiyle onaylanması uygun görülmüş, 6 Ağustos 1992 tarihinde 92/3398 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanarak, 3 Ekim 1992 tarih ve 21364 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmış ve yürürlük tarihi ise 1 Nisan 1993 olarak belirlenmiştir. Ülkemiz tarafından çekince konulan konular şunlardır: (2) Yerel yönetimlere, kendilerini doğrudan doğruya ilgilendiren konularla ilgili planlama ve karar alma süreçleri içinde, olabildiği ölçüde, uygun bir zamanda ve biçimde danışıl-YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Bu Özerklik Şartı ile yerel yönetimlerin hakları kanuni güvenceye alınırken, bunların görevlerini yerine getirebilmesi için mali kaynaklarla desteklenmesi gerektiği öngörülmüştür. Yerel yönetimlerde idari ve mali özerklik esaslarının hakim olması, bu yönetimlerin görevlerine uygun gelirlerle donatılmaları, aralarında birlik kurabilmeleri ve yasal sınırlar içerisinde diğer ülke yerel yönetimleriyle işbirliğine gidebilmeleri Şartın öncelikleri arasındadır.

1. AVRUPA YEREL YÖNETİMLER ÖZERKLİK ŞARTI ve MALİ ÖZERKLİK

Özerklik Şartı'nın Birinci Bölümünün 2. maddesinde özerk yerel yönetimler ilkesinin ulusal mevzuatla ve uygun olduğu durumlarda anayasa ile tanınacağı ifade edilmiş ve 3. maddesinde de özerk yerel yönetim kavramı tarif edilmiştir. Anılan maddede özerk yerel yönetim "*yerel makamların, kanunlarla belirlenen sınırlar çerçevesinde, kamu işlerinin önemli bir bölümünü kendi sorumlulukları altında ve yerel nüfusun çıkarları doğrultusunda düzenleme ve yönetme hakkı ve imkanı*" olarak tanımlanmıştır. 3. maddenin devamında yerel yönetimlerin düzenleme ve yönetme hakkını nasıl kullanacağı konusu ele alınmaktadır. Anılan hükme göre bu hak, doğ-

ması konusu ile ilgili Şartın 4. Maddesinin 6.fıkrası. (2) Yerel yönetimlerin yönetsel örgüt yapılarının kendilerince belirlenmesi ile ilgili 6. Maddenin, 1. Fıkrası. (3) Seçimle gelinen görev yerlerinde bulunanların görevleriyle bağdaşmayacak işlev ve etkinliklerin yasayla ve temel tüzük ilkelerine göre belirlenmesi konusu ile ilgili 7. Maddenin 3. Fıkrası. (4) Yönetsel denetime ancak yönetsel denetimle korunmak istenen yararlar ile orantılı olması durumunda izin verilmesi durumu ile ilgili 8. Maddenin, 3.Fıkrası. (5) Yerel yönetimlere kaynak sağlanmasında, hizmet maliyetindeki artışların olabildiğince hesaba katılması konusu ile ilgili 9. Maddenin, 4. Fıkrası. (6) Dağıtılan kaynakların yerel yönetimlere verilmesinin nasıl yapılacağı konusunda kendilerine uygun biçimde danışılması ile ilgili 9.maddenin, 6. Fıkrası. (7) Yapılacak mali yardımların, yerel yönetimlerin kendi politikalarını uygulama konusundaki temel özgürlüklerin ortadan kaldırılmamasına yönelik 9. maddesinin, 7. Fıkrası. (8) Yerel yönetimlere, ortak çıkarlarının korunması ve geliştirilmesi için derneklere üye olma ve uluslar arası birliklere katılma hakkının tanınması ile ilgili 10. Maddesinin, 2. Fıkrası. (9) Yerel yönetimlere, başka ülkelerdeki yerel yönetimlerle işbirliği yapma hakkının tanınması konusu ile ilgili 10. Maddesinin, 3. Fıkrası. (10) Yerel yönetimlerin, kendilerine iç tüzük de tanınmış olan yetkileri serbestçe kullanabilmeleri ve özerk yerinden yönetim ilkesini koruyabilmeleri için yargı yollarına başvuru hakkının tanınması ile ilgili 11. Maddesi.

www.abgs.gov.tr/files/haberler/2011/yerel_yonetimler_ozerklik_sarti.pdf Erişim Tarihi: 06.12.2014.

rudan, eşit ve genel oya dayanan gizli seçim sistemine göre serbestçe seçilmiş üyelerden müteşekkil ve kendilerine karşı sorumlu yürütme organlarına sahip olabilen meclisler veya kurul toplantıları tarafından kullanılacaktır. Bu hüküm, mevzuatın olanak verdiği durumlarda, vatandaşlardan oluşan meclislere, referandumlar yapılmasına veya vatandaşların doğrudan katılmasına imkan veren öteki usullere başvurulabilmesini hiçbir şekilde etkilemeyecektir. 2. ve 3. maddelerdeki düzenlemelerden anlaşılacağı üzere yerel özerkliğin yasal ve mümkün olduğu durumlarda anayasal dayanaklarının olması gerekmektedir. Özerklik Şartı'nın 4. maddesinin birinci bendinin ilk cümlesinde yerel yönetimlerin temel yetki ve sorumlulukları anayasa ya da kanun ile belirleneceği ifade edilmiştir. Anılan maddenin ikinci bendinde ise *“Yerel Yönetimler, kanun tarafından belirlenen sınırlar içerisinde, yetki alanlarının dışında bırakılmış olmayan veya başka herhangi bir makamın görevlendirilmemiş olduğu tüm konularda faaliyette bulunmak açısından tam takdir hakkına sahip olacaklardır.”* denilerek yerel yönetimlerin yerel kamu hizmetlerini yerine getirmesinde liste yöntemi yerine, genel yetki yöntemi benimsenmiştir⁴. Bu yerinde bir yaklaşımdır. Zira yerel yönetimlerin temel görevleri bir bölgede yaşayan vatandaşların mahalli ortak gereksinimlerini, kanunlarla özel olarak yasaklanmadıkça ya da bir başka organa verilmedikçe, karşılamaktır (Gözler ve Kaplan, 2014: 194).

⁴ Belediyelerin görevlendirilmesiyle ilgili olarak üçlü bir yöntem uygulanmaktadır. Bunları kısaca şu şekilde açıklayabiliriz:

- Belediyeler yapmak istedikleri her hizmet için devletin üst kuruluşlarından yetki almak zorundadırlar. Ancak, bu yetkiyi aldıkları takdirde o görevleri yapabilirler. Buna yetki yöntemi denir.

Bu yöntemin bir benzeri, belediyelerin yapacakları hizmetlerin yasalarda teker teker sayılarak yer almasıdır. Belediyelerin yapabilecekleri veya yapmaları gereken hizmetler maddeler halinde sayılarak, sınırlı olarak tespit edilir. Belediyeler ancak bu belirtilen hizmetleri yapabilirler. Buna liste yöntemi denir.

- Belediyeler, yasaların belediyelerce yapılmasını yasaklamadığı ya da yapılmasını açıkça başka kuruluşlara bırakmadığı her türlü hizmeti görmeye yetkilidirler. Belediyelere genel yetki verme esasını belirten bu yönetime genellik ilkesi denir.

- Hayatın dinamikliği içinde hizmetler durağan olmayıp sürekli değişebilir nitelik gösterdiğinden ve kalıba girmediğinden, bazı ülkelerde belediyelerin yapabileceği hizmetler yasalarla liste halinde tek tek sayılmakla birlikte, ayrıca yapılması yasaklanmamış veya yapılması açıkça başka kuruluşlara verilmemiş hizmetleri yapmakla da yetkili kınırlar ki bu yönetime de karma yöntem denir.

4. maddede sorumlulukları yerine getirecek makamlar konusuna değinilmiştir. Buna göre kamu sorumlulukları genellikle ve tercihan vatandaşın en yakın olan makamlar tarafından kullanılacaktır. Sorumluluğun bir başka makama verilmesi durumunda görevin kapsamı ve niteliği ile yetkinlik ve ekonomi gereklerinin göz önünde bulundurulması esastır. Yerel makamlar verilen yetkilere tam olarak sahiptirler. Kanunda belirlenen hallerin haricinde, anılan yetkilerin öteki merkezi veya bölgesel makamlar tarafından zayıflatılması veya sınırlandırılması mümkün değildir.

Yerel yönetimlerin sınırlarının korunması 5. maddede düzenlenmektedir. Bu maddede yerel yönetimlerin sınırlarında, mevzuatın elverdiği durumlarda ve mümkünse bir referandum yoluyla ilgili yerel topluluklara önceden danışılmadan değişiklik yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Şart'ın 6. maddesinde mevzuatla düzenlenmiş daha genel hükümlere aykırı olmamak kaydıyla, yerel makamların kendi iç idari örgütlenmelerini, bunları yerel ihtiyaçlarla uyumlu kılmak ve etkin idare sağlamak amacıyla, kendilerinin kararlaştırabilecekleri ifade edilmektedir. Bu şekilde yerel yönetimlerin kendileri için uygun teşkilatları oluşturmaları ve kendi personelini çalıştırabilmeleri imkânı sağlanması amaçlanmıştır.

Yerel yönetimlerin seçilmiş idarecilerinin görev ve sorumluluklarını yerine getirebilmeleri için uygun ortamın hazırlanması kuşkusuz gereklidir. Bu konuya ilişkin olarak 7. maddede, yerel yöneticilerin görev koşullarının, görevlerini serbestçe yerine getirilmesi imkânını sağlayacak nitelikte olması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Özerklikle ilgili önemli konulardan biri olan yerel yönetimlerin idari denetimi konusu Özerklik Şartı'nın 8. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre yerel yönetimlerin her türlü idari denetimi ancak kanunla veya anayasa ile belirlenmiş durumlarda, bunlara uygun yöntemlerle sadece kanuna ve anayasal ilkelere uygunluk sağlamak amacıyla yapılacaktır.

Yerel özerkliğin temelini oluşturan mali özerklik konusuna Özerklik Şartı'nın 9. maddesinde değinilmiştir. Bu maddede yerel yönetimlerin ulusal ekonomik politika çerçevesinde, serbestçe kullanabilecekleri yeterli mali kaynağa sahip olacakları ve bu kaynakların anayasa ve kanunla belirlenen sorumluluklarla orantılı olacağı belirtilmiştir. Ayrıca Yerel yönetimlerin mali kaynaklarının bir bölümünü kanunun koyduğu sınırlar dahilinde, oranlarını kendilerinin belirleyebilecekleri yerel vergi ve harçlardan sağlayabilecekleri; mali bakımdan zayıf olan yerel yönetimlerin mali eşitleme

yöntemleri veya buna eş önlemlerle destekleneceği belirtilmiştir. Özerklik Şartı'nın geneline bakıldığında AK'ne üye ülkelerde yerel yönetimlere özgü demokratik kuralları, her ülkede birbirine yakın bir biçimde işletmek suretiyle Avrupa düzeyinde halkın iradesine dayalı bir entegrasyona gidişin belirtileri görülmektedir (Pıtırılı, 1989: 63).

2. AVRUPA BİRLİĞİNDE YEREL YÖNETİMLERİN İDARİ DURUMU

Avrupa'da yakın zamana kadar ülkeler arasında yerel yönetimlere ilişkin ilkelerde bir standart bulunmazken AB sürecinde Avrupa Konseyi tarafından çıkarılan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı bu bağlamda ülkele- rin yerel yönetimlere ilişkin bakış açılarını birbirine yaklaştırmıştır (Mar- cou, 1993: 52).

AB açısından Özerklik Şartı yerinden yönetimlerin anayasası hük- mündedir. Özerklik Şartı, yerel yönetimlerin tüm üye ülkelerde nasıl yapı- landırılması gerektiğini, birbirleriyle nasıl ilişkilerde bulunabileceklerini, belediye başkanlarının hangi hak ve yetkilere sahip olması gerektiğini ve bu konularda ilgili devletlerin hak ve yükümlülüklerini belirlemiştir (Mil- don, 2003: 123).

Özerklik Şartı'nda “*yerinden yönetim esasına dayalı bir Avrupa oluşturulması*” hedeflenmiş ve bu hedefi gerçekleştirmek için Özerklik Şartı'nı imzalayan ülkelerin “*geniş bir özerkliğe sahip yerel yönetimlerin varlığını*” temel ilke olarak özümsemeleri vurgulanmıştır. Özerklik Şartı yeterli mali kaynaklara sahip olmayı, yerel yönetimlerin özerkliğinin ay- rılmaz bir ögesi olarak görmektedir. Bu nedenle Özerklik Şartı'nın yerel yönetimlerin mali kaynaklarıyla ilgili 9. maddesinde, yerel yönetimlerin makro ekonomik politikalar çerçevesinde, kendi yetkileri içinde, serbestçe kullanabilecekleri yeterli kaynaklara kavuşturulması, bu kaynakların yasal ve anayasal sorumluluklarıyla orantılı olması gerektiği vurgulanmaktadır.

AB üyesi ülkelere bakıldığında oldukça farklı idari yapılarla karşıla- şılmaktadır. Yerel yönetim sayısı bakımından en dağınık ve sayıca en ka- labalık ülke Fransa'dır. Bunu İtalya ve İspanya izlerken sayı bakımından en az yerel yönetime sahip olan İngiltere, yerel yönetimlerin en güçlü ol- duğu ülkelerdendir. Aşağıda Tablo 1'de görüldüğü gibi AB ülkelerinde yerel yönetim uygulamalarında bir tekdüzelik bulunmamakta, birbirinden farklı isim ve yapılanmalar görülmektedir.

Tablo 1: AB (27) Ülkelerinde Yerel Yönetimlerin Yapısı⁵

	1. DÜZEY	2. DÜZEY	3. DÜZEY
FEDERAL DEVLET			
AVUSTURYA	2357 Gemeinden		9 Lander
BELÇİKA	589 Communes	10 Provinces	6 Communities and Regions
ALMANYA	12104 Gemeinden	301 Rural Districts	16 Federated States
ÜNİTER DEVLET			
GÜNEY KIBRIS	378 Municipalities		
ÇEK CUMHURİYE-Tİ	6250 Municipalities	14 Regions	
DANİMARKA	98 Municipalities	5 Regions	
ESTONYA	226 Municipalities		
FİNLANDİYA	442 Municipalities	2 Regions	
FRANSA	36682 Municipalities	100 Departments	26 Regions
YUNANİSTAN	325 Municipalities	13 Regions	
MACARİSTAN	3177 Municipalities	19 Counties	
İRLANDA	114 Local Councils		
İTALYA	8094 Municipalities	110 Provinces	20 Regions
LETONYA	119 Municipalities		
LİTVANYA	60 Municipalities		
LÜKSEMBURG	105 Municipalities		
MALTA	68 Local Councils		
HOLLANDA	430 Municipalities	12 Provinces	
POLONYA	2479 Municipalities	379 Counties	16 Regions
PORTEKİZ	308 Municipalities	2 Autonomous Regions	
SLOVAKYA	2928 Municipalities	8 Regions	
SLOVENYA	210 Municipalities		
İSPANYA	8116 Municipalities	52 Provinces	17 Autonomous Communities
İSVEÇ	290 Municipalities	20 Counties	
İNGİLTERE	406 Local Authorities	28 Counties	3 “Devolved” Nati-

⁵ AB (27): AB üyesi 27 ülke.

			ons (İskoçya, Galler, Kuzey İrlanda)
BULGARİSTAN	264 Municipalities		
ROMANYA	3180 Local Authorities	41 Departments	
EU 27	89699 Municipalities and Local Authorities	1125 Regional and Intermediary Authorities	104 Regions

Kaynak: DEXIA, Sub-national Public Finans in the EU, 1 July 2011:6.

3. AVRUPA BİRLİĞİNDE YEREL YÖNETİMLERİN MALİ DURUMU

AB ülkelerinde, İrlanda ve İngiltere hariç olmak üzere, yerel yönetimler birden fazla yerel vergiye sahiptirler. Avusturya, Almanya ve İskandinav ülkelerinde gelir vergisi yerel yönetimlerin temel gelir kaynağını oluşturmakta ve AB ülkelerinin birçoğunda yerel emlak vergisi mali gelirlerin önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Ancak AB ülkelerinde yerel ya da bölgesel yönetimler tarafından uygulanan bazı vergiler, malların serbest dolaşımı ilkesine ters düşmesi nedeniyle yasaklanabilmektedir.

AB ülkelerinde, yerel yönetimlere tahsis edilen vergi gelirlerinde farklılıklar görülmektedir. Bu durum Aşağıda Tablo 2’de de görülmektedir. Buna göre İngiltere, Yunanistan, Hollanda, İrlanda ve Belçika gibi bazı ülkelerde bu oran %5’in altında kalırken, İsveç ve Danimarka gibi bazı ülkelerde bu oran %30’ların üzerine çıkmaktadır. Bu oranları değerlendirirken yerel yönetimlere her ülkede farklı görev ve yetkilerin tanınmış olduğunu ve ülkelerin üniter veya federal yapılarından kaynaklanan farklılıkların olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir.

Tablo 2: Vergilerin Merkezi ve Yerel İdareler Arasında Paylaşımı (1998)

	Merkezi veya Federal Devletler	Eyalet	Yerel İdare	Sosyal Güvenlik Fonları
FEDERAL DEVLETLER				
AVUSTURYA	52,7	9,3	10,2	27,8
BELÇİKA	36,7	23,3	4,9	35,1
ALMANYA	29,4	22,0	8,0	40,6
İSVİÇRE	30,1	19,5	14,8	35,7
ABD	45,1	19,2	12,0	23,7
ÜNİTER DEVLETLER				
DANİMARKA	64,9	--	32,0	3,1
FİNLANDİYA	52,6	--	22,2	25,2
FRANSA	43,6	--	10,6	45,8
YUNANİSTAN	68,8	--	1,1	30,1
İTALYA	58,8	--	11,7	29,5
LÜKSEMBURG	68,1	--	6,3	25,6
HOLLANDA	56,5	--	3,0	40,5
İRLANDA	86,8	--	2,0	11,2
PORTEKİZ	67,0	--	6,1	26,9
İSPANYA	48,0	--	17,0	35,0
İSVEÇ	58,1	--	30,8	11,1
İNGİLTERE	78,2	--	3,9	17,9

Kaynak: OECD,2001:15.

Tablo 3: AB (15)⁶ Ülkelerinde Eyalet ve Yerel Yönetimlerin Gelir ve Harcamalarının GSYİH'ya Oranı

	Eyalet ve Yerel Yönetim Harcamaları				Eyalet ve Yerel Yönetim Gelirleri			
	Toplam Harcamalara Oranı (%)		GSYİH'ye Oranı (%)		Toplam Gelirlere Oranı (%)		GSYİH'ye Oranı (%)	
	1985	2001	1985	2001	1985	2001	1985	2001
FEDERAL DEVLETLER								
AVUSTURYA	28.4	28.5	15.5	14.5	24.6	21.4	12.1	10.8
BELÇİKA	31.8	34.0	16.6	16.6	11.4	11.3	5.5	5.6
ALMANYA	37.6	36.1	17.2	17.0	31.9	32.4	13.7	14.3
ÜNİTER DEVLETLER								
DANİMARKA	53.7	57.8	32.2	31.8	32.3	34.6	18.7	20.0
FİNLANDİYA	30.6	35.5	17.8	17.0	24.8	24.7	13.5	13.2
FRANSA	16.1	18.6	8.7	9.9	11.6	13.1	5.9	6.8
YUNANİSTAN	4.0	5.0	2.0	2.4	3.7	3.7	1.5	1.8
İRLANDA	30.2	29.5	11.8	8.2	6.4	5.3	2.0	1.5
İTALYA	25.6	29.7	13.4	14.2	10.7	17.6	4.3	8.0
LÜKSEMBURG	14.2	12.8	6.0	4.9	8.0	7.4	3.8	3.2
HOLLANDA	32.6	34.2	19.1	15.9	11.4	11.1	6.0	5.2
PORTEKİZ	10.3	12.8	4.6	5.7	7.6	8.3	3.0	3.5
İSPANYA	25.0	32.2	11.4	13.0	17.0	20.3	6.6	8.2
İSVEÇ	36.7	43.4	26.6	24.8	34.3	32.0	20.9	19.7
İNGİLTERE	22.2	25.9	9.9	10.9	10.5	7.6	4.5	3.6

Kaynak: OECD,2003:145.

⁶ AB (15): AB üyesi 15 ülke
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Yukarıda Tablo 3'te AB (15) ülkelerinde federal ve üniter yapıya sahip devletlerdeki yerel yönetimlerin toplam kamu harcamaları ile gayri safi yurt içi hasıla (GSYİH) içindeki payları gösterilmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere 1985-2001 yılları arasında eyalet ve yerel yönetimlerin harcamalarında artışlar söz konusudur. Gerek üniter gerekse federal devletlerin toplam harcamalarında ve toplam gelirlerinde ortalama %2-3 oranında artış yaşanırken, aynı dönemde harcamaların gayri safi milli hasıla (GSMH)'ya oranında önemli bir değişiklik olmamıştır. Eyalet ve yerel yönetim harcamalarının artmasında devletin ekonomideki payının artmış olması, hizmetlerin etkinliği nedeniyle hizmetlerin yerel yönetimlere devredilmesi ve hizmetlerin nicelik ve nitelik olarak artması etkili olmuştur.

Bütçeden yapılacak olan harcamalar ve bütçe dolayısıyla yapılacak olan borçlanmaları düzenleyen kurallar bütününe bütçe disiplini denilmektedir. Bu nedenle mali disiplinin sağlanabilmesi için özellikle yerel yönetimlerin borçlanması konusunda ülkeler kendi siyasi ve mali yapılarına göre çeşitli uygulama mekanizmaları geliştirmişlerdir. Ülkeler arasında farklı uygulamalara konu olan ve oldukça karışık bir işleyişi bulunan merkezi yönetimlerle yerel yönetimler arasında bütçe disiplininin sağlanmasına yönelik bu uygulamalar aşağıda Tablo 4'te özetlenmiştir.

Tablo 4: Yönetimler Arasında Bütçe Disiplini Mekanizması

ÜLKE	MALİ ÇERÇEVE	UYGULAMA MEKANİZMALARI
Avusturya	İş Birlikçi Bir Tutum: Açık bir Dahili İstikrar Anlaşması 1999'da yürürlüğe girmiştir ve 2001 ve 2004 yılları arasını kapsayan şu anki düzenleme Ekim 2001 yılında kabul edilmiştir. Bu Anlaşma'ya göre belediyeler 2001-2004 yılları arasında grup olarak bütçelerini dengelemek durumundadırlar bunun yanı sıra bölgeler yılda gayri safi yurtiçi hasılanın en az %0.75 oranında bütçe fazlası üretmek zorundadırlar. Bu sorumluluk herhangi bir tek be-	Denklerin Baskısı: İşbirlikçi bir çerçeve kapsamında. Finansal Yaptırımlar: Hedefe ulaşamayan hükümetler sabit ve değişken bir ceza ödemek durumundadır. Bu ceza istikrar katkı payının %8'i ve noksanlığın %15'inin (bu oranın bir tavanı vardır) toplamından oluşur. Ancak yaptırımların uygulanması için Federal hükümet, Lander ve belediyelerden oluşan bir komisyonun oybirliği ile buna karar vermesi gerekmektedir. Eğer bir yıl içinde hedefe uyum sağlınırsa ödenen ceza iade

	<p>diye'yi bağlamaz, belediyeler içinde buldukları Toprak parçasına göre gruplanırlar. Bu Anlaşma her Toprak parçasına bazı sorumluluklar dağıtmaktadır. Hedeflere durum gerçekleştikten sonra uyulmak zorunluluğu vardır. Anlaşma diğer hükümetlere bütçe fazlası / bütçe açığı haklarının devir edilmesine müsaade etmektedir. Kamu yatırımlarının finanse edilmesi konusunda herhangi spesifik bir bilgiye referans yapılmamıştır.</p> <p>Borçlanma: Lander için borçlanma konusunda herhangi bir bariz kısıtlama bulunmamaktadır. Belediyeler sadece olağanüstü harcamalarını yapmak için borçlanabilirler. Lander kanun tarafından yerel borçlanmayı düzenlemek ile sorumlu kılınmıştır ancak var olan düzenlemeler çeşitli Landerler arasında önemli farklar göstermektedir.</p>	<p>edilir aksi takdirde para hedefe uyum sağlayan yönetimler arasında paylaşılır.</p> <p>Fesih Şartı: Ciddi bir ekonomik yavaşlama halinde yaptırımlar uygulanmaz.</p>
Belçika	<p>İş Birlikçi Bir Tutum: Finans Yüksek Konseyinin tavsiyesiyle farklı yönetim katmanlarına izin verilen bütçe açığı ve harcama büyümesi seviyeleri belirlenmiştir. Bu tavsiyeler yıllık raporlarda basılmaktadır. Bütçe açığı hedefi genel mali dengeye işaret etmektedir.</p> <p>Borçlanma: Bölge ve topluluklar bono çıkartabilirler ancak bunun</p>	<p>Denklerin Baskısı: İşbirlikçi bir çerçeve kapsamında</p> <p>İdari Prosedürler: Bölgesel yönetimlerle yapılan görüşmeler ve bu yönde yapılan Denetim Konseyi tavsiyesi sonrasında federal yönetim kanunen iki yıl süresince bölgelerin borçlanmasını kısıtlama hakkına sahiptir. Bölgesel yönetim katmanı belediyelerin bütçelerini izleyerek gerektiğinde harcama kısıntıları yada vergi artışları</p>

	için merkezi yönetimden izin almaları gerekmektedir	uygulayabilir.
Çek Cumhuriyeti	Resmi Bir İşbirliği Bulunmaktadır: Yerel yönetimler borçlanmada özgürdüler ve eğer planlanmış bir noksan ödemesini ödemek için belediye garanti ya da maddi teminat verirse açık gösteren bir bütçeyi onaylayabilirler.	Piyasa Disiplini: Yerel yönetim borcu Devletin garantisi altında değildir.
Danimarka	İşbirlikçi Bir Tutum: Merkezi yönetim ve Yerel Yönetim Birliği arasındaki resmileştirilmiş bütçe koordinasyonu sisteminin kökleri 1970'lere dayanmaktadır. Yerel yönetimler dengeli bütçe uygulamak zorundadırlar ve önemli vergi toplama hakları vardır. Ancak merkezi yönetim yakın bir geçmişte bir vergi erteleme uygulaması başlatmış ve bu uygulama aynı zamanda yerel yönetimler içinde geçerli olmuştur. Borçlanma: İlçe ve belediyeler genel bir kural olarak borçlanamazlar. Ancak bu kurala önemli istisnalar vardır. İlçeler mali yıl içindeki toplam net yatırım harcamalarının %25'ine kadar olan bölümünü uzun dönemde borçlanarak yapabilirler bunun yanı sıra çoğu kullanıcı ödemeleriyle finanse edilen belli sektörlerde yapılacak yatırımlar için belediyeler özgürce borçlanabilirler. Ayrıca İçişleri bakanlığı kendi isteğine	Denklerin Baskısı: Merkezi yönetim ve Yerel Yönetim Birliği arasındaki anlaşma kanunen bağlayıcı değildir ve Birlik anlaşmaya genel uyumu temin etmek için gereken araçlara sahip değildir. Finansal Yapıtlar: Eğer vergi dondurulması ihlal edilirse bütün ekstra net vergi gelirlerine kişisel ve genel blok hibelerinde azaltılma yapılarak el konulacaktır.

	bağlı olarak belediyelere borçlanma izini verebilir.	
Euro Alanı /AB Ülkeleri	<p>Mali Kural: Mali çerçeve 2 ana koşuldan oluşur -aşırı bütçe açığı pozisyonuna girmemek için yapılan Antlaşma şartı- buna göre istisnai ve geçici olmadığı takdirde gayri safi yurtiçi hasılanın %3'ünü geçen bir cari açık aşırı sayılmaktadır- ve İstikrar ve Büyüme Anlaşmasının şartı olan hem orta vadede hem de her yıl dönemsel olarak ayarlanmış şartlarda dengeye yakın ya da fazlası olan bir bütçeye sahip olmayı başarmak ve bu durumu korumak.</p>	<p>İdari Prosedürler: Üye ülkeler her yıl senelik istikrar veya uyum programlarını sunarlar. Bu programlarda kendilerinin kısa ve orta vadeli mali stratejilerini ifade ederler. Bu programlar düzenli olarak güncellenir ve denkler teftişinden geçerler bunun yanı sıra Komisyon ve Konsey tarafından izlenirler.</p> <p>Finansal Yaptırımlar: Sadece sürekli olarak Konsey tavsiyelerine karşılık olarak ıslah tedbirleri alınmaması halinde uygulanır. Bu yaptırımlar, faizsiz bir ödeme ki bu ödeme eğer aşırı bütçe açığı 2 yıl sürerse bir ceza-ya dönüştürülür- yapılmasından ibarettir. Bu ödeme / ceza gayri safi yurtiçi hasılanın %0.5'ini geçemez.</p>
Finlandiya	<p>Mali Kural: 2001 yılında orta vade de belediyelerin dengeli bir bütçesi olmasını zorunlu kılan bir kanun uygulamaya konmuştur.</p> <p>Borçlanma: Yerel borçlanma hakkında kesin kararlar alınmamıştır. Bütün borçlanmanın koordinasyonunu belediyelerin organizasyonu üslenmektedir ve borçlanmalar Devlet tarafından garanti edilmemektedir.</p>	<p>Yaptırım Yoktur: Belediyeler bilanço'da noksanlarını nasıl ödeyeceklerinin planını yapmakla yükümlüdür.</p>
Fransa	<p>Mali Kural: Yerel yönetimlerin işletme açığı göstermelerine izin verilmemektedir.</p> <p>Borçlanma: Fransız yerel yönetimleri sermaye yatırımlarını</p>	<p>İdari Prosedürler: Yerel merkezi yönetim temsilcisi her sene yerel bütçeleri kontrol eder. Eğer bütçe kanunun öngördüğü şartları ihlal ediyorsa, Bölgesel Hesap Odası'na</p>

	finanse etmek için borçlanabilirler.	(Chamber Regionale des Compte, CRC) gönderilir. Hesap denetim prosedürü hem bir ön değerlendirme hem de bir gerçekleşen durumun kontrolünden ibarettir. Eğer belli bir tavanının üstünde bir açık ortaya çıkarsa, Bölgesel Hesap Odası yerel yönetime münasip mali önlemleri önermek zorundadır.
Almanya	<p>İşbirlikçi Bir Tutum: Politika koordinasyonu için kullanılan en büyük araç yönetimler arası Finansal Planlama Konseyi'dir. Bu konsey federal hükümet, Lander, ve toplulukların temsilcilerinden oluşmaktadır. 2003 ve 2004 yılları için harcama limitlerini öngören bir Dahili İstikrar Anlaşması kabul edilmiştir.</p> <p>Borçlanma: 16 Lander'in çoğu altın kuralı benimsemiştir; yani sadece yatırım harcamaları için borçlanmaya izin verilmektedir. Eğer diğer finans seçenekleri mümkün veya uygun değilse, belediyeler sadece sermaye yatırımlarını finanse edebilmek için borçlanabilirler. Bu borçlanmanın yapılabilmesi bölgesel izine tabidir.</p>	<p>Denklerin Baskısı: Finansal Planlama Konseyi, (Finanzplanungstrat) mali kalkınmayı yönetimin tüm katmanlarında izleme, ve uyum gösterilmediği takdirde mali disiplini iyileştirmek için tavsiyelerde bulunmakla görevlidir.</p>
Yunanistan	<p>Yerel Yönetimlerde Kısıtlı Mali Özerklik: Yönetimin alt katmanları (valilikler ve belediyeler) kendi bütçelerini hazırlar ve bölgesel temsilcilerine merkezi yönetimin onaylaması için sunar-</p>	

	<p>lar.</p> <p>Borçlanma: Bütün borçlanma Ekonomi ve Maliye Bakanlığının onayına tabiidir.</p>	
Macaristan	<p>Borçlanma: Belediyeler sadece sermaye giderlerini finanse etmek için borçlanmaya yetkilidirler. Bu borçlanmanın tavanı kendi senelik net (faiz ödemelerinden sonraki) gelirlerinin %70'i olarak belirlenmiştir.</p>	<p>Piyasa Disiplini: Yerel yönetim borçları Devlet garantisi altında değildir.</p>
İzlanda	<p>İşbirlikçi Bir Tutum: Merkezi yönetim ve Yerel Otoriteler Birliği arasında danışma toplantıları muntazaman yapılmaktadır.</p> <p>Borçlanma: Yerel otoritelerin borçlanmasına herhangi bir sınır getirilmemiştir.</p>	<p>İdari Prosedürler: Eğer bir belediye borcunu ödeyemezse Sosyal İşler Bakanlığının yönetimi altına verilebilir.</p>
İrlanda	<p>Yerel Yönetimlerde Mali Özerklik: Yerel Yönetimler dengeli bütçeler uygulamak zorundadırlar. Bu bütçeler Çevre ve Yerel Yönetim Departmanı tarafından kontrol edilmekte ve izlenmektedir</p> <p>Borçlanma: Borçlanma Yerel Yönetim Kanunu tarafından yönetilmektedir. Bu kanuna göre herhangi bir borçlanma teklifinin uygun bakan tarafından (normalde Çevre ve Yerel Yönetim Bakanı) onaylanması gerekmektedir.</p>	<p>İdari Prosedürler: Otoriteler yükümlülüklerini yerine getirmemezse görevden alınabilir ve yerine merkezi yönetim tarafından atanan bir vekil getirilebilir.</p>
İtalya	<p>Mali Kural: 1999 yılında bir Dahili İstikrar Anlaşması kanunlaşmıştır. Bu Anlaşma yerel</p>	<p>Denklerin Baskısı: Anlaşmanın genelinde bölgesel ve Belediye Başkanları konferansları çerçevesinde, olası aşırı-</p>

	<p>yönetimleri bütçe açıklarını azaltmalarını hiçbir politika değişikliği olmayan bir taban çizgisi ile karşı karşıya bırakmıştır. O anki gelirlerin %25'inden fazlası borç ödemelerine gidemez.</p> <p>Borçlanma: Bölgesel ve yerel otoriteler sermaye yatırımlarını finanse etmek için borçlanabilirler.</p>	<p>lığa kaçmaların düzeltmelerini yapmak üzere işleyen bir işbirliği mekanizması bulunmaktadır.</p> <p>Finansal Yaptırımlar: Avrupa yaptırımları uygulamaya uymayan yönetimler arasında aşırıya kaçma katkılarına göre paylaşılacaktır.</p> <p>Fesih Şartları: Beklenmedik olaylar karşısında borçlanma limitleri gevşetilebilir.</p>
Lüksemburg	<p>Yerel Yönetimlerde Kısıtlı Mali Özerklik: Belediyeler işletme açığı gösteremezler. Belediye hesapları İlçe Vekilleri tarafından incelenir ve tarafsız muhasebe denetimleri İçişleri Bakanlığının tarafsız muhasebe denetimi bölümü tarafından denetlenir.</p> <p>Borçlanma: Belirli limitleri aşan borçları İçişleri Bakanının onaylaması gerekir.</p>	<p>İdari Prosedürler: Anayasa yerel yönetimlerin kontrolünü Baş Dük, İçişleri Bakanı ve bölgesel vekiller aracılığıyla merkezi sisteme veren bir sistem kurmuştur. Baş Dük yerel yönetim tarafından yapılan kanuna yada kamu yararına aykırı herhangi genel veya spesifik bir işi geçersiz kılabilir. Bunun yanı sıra, belediyenin, kurulun yada belediye başkanının verdiği herhangi bir denetim kuralı yada spesifik kararı da hükümsüz kılabilir.</p>
Hollanda	<p>İşbirlikçi Bir Tutum: Merkezi otoriteler ve Hollanda Belediyeleri Birliği arasında finansal konularda muntazaman toplantılar yapılmaktadır. Yerel yönetimlerin önemli vergi toplama hakları vardır ancak bütçelerini dengede tutmak zorundadırlar. Bütçeleri daha yüksek yönetim katmanları tarafından dikkatlice takip edilmektedir. İlçe otoritelerinin, bütçe açığının takip eden yıllarda da</p>	<p>İdari Prosedürler: Merkezi otoriteler mali sıkıntılar yaşayan bir belediyeye sadece eğer belediye bu sorunlarını çözmek için daha yüksek vergiler sayesinde gelirini yeteri kadar yükselttiği takdirde yardım eder. Mali yardıma karşılık olarak belediye mali bağımsızlığını kaybeder.</p>

	<p>devam etme olasılığı olan bir belediyenin mali kontrolünü eline alması kanunen şart koşulmuştur.</p> <p>Borçlanma: Yerel otoriteler bütçelerini dengeledikleri takdirde borç almakta serbesttir (gerçekleşme temeline dayanan muhasebe kaidesinde)</p>	
Norveç	<p>Mali Kural: İlçe ve belediyeler işletme açığı gösteremezler. Gerçekleşen bir bütçe açığı olması halinde bu açığın iki yıl içinde kapatılması gerekmektedir.</p> <p>Borçlanma: Yerel Yönetimlerin borçlanmasında açık kısıtlamalar bulunmamaktadır.</p>	<p>İdari Prosedürler: Bir belediye ya da ilçe yönetimi eğer iki yıl içinde oluşmuş bütçe açığını kapatamazsa kredi almak ya da uzun dönem kontrat anlaşmasına girme (örneğin kira kontratı) yönünde aldığı herhangi bir karar Yerel Yönetim ve Bölgesel Kalkınma Bakanlığı onaylayana kadar geçersizdir. Bakanlık İnternet’te yönetimi altında olan yerel yönetimlerin listesini yayınlamaktadır.</p>
Polonya	<p>Mali Kural: Anayasa, kamu borcunun gayri safi yurtiçi hasılasının %60’ını geçmesini yasaklamaktadır. Kamu Finansı Kanunu hem merkezi hem de merkez altı yönetimlerin borcu gayri safi yurtiçi hasılasının %50’sinin altında sabitlemesini şart koşturmaktadır. Yerel yönetimler aynı zamanda borç alım ve ödemelerinde spesifik limitlere tabiidir bu oranlara sırasıyla toplam gelirlerinin %60 ve %15’ini geçmemelidir.</p>	<p>İdari Prosedürler: Yerel yönetimler bütçe tasarılarını Bölgesel Onaylama Odalarına sunmak zorundadırlar. Bu odalar merkezi yönetimin temsilcileridir ve görevleri bu bütçe tasarılarını inceleyip her yerel yönetiminin teklif edilen herhangi bir açığı kapatacak kadar imkanı olduğunu saptamak ve bir borçlarının ödemelerinin sürdürülebilirliği hakkında genel bir hüküm vermektir. Bölgesel Onaylama Odalarının kararı olumsuz ise, mevzubahis bütçe Odanın yönlendirmesine göre değiştirilmelidir. Eğer borç gayri safi yurtiçi hasılasının %55’ini geçerse, Bakanlar Kurultayı Parlamente’ye kamu borcunu konsolide etmeye yönelik bir plan</p>

		<p>sunmak zorundadırlar. Eğer kamu borcu gayri safi yurtiçi hasılasının %60'a ulaşırsa yeni devlet garantileri verilmez, Bakanlar Konseyi Parlamenta mali konsolidasyon planı sunmak zorundadır ve Yerel yönetimler dengeli bütçeler geçirmek zorundadır.</p> <p>Fesih Şartları: Bu prosedür acil bir durum karşısında atlanabilir.</p>
Portekiz	<p>Mali Kural: Yerel Finans kanununa göre güncel harcamalar güncel gelirlerin üzerine çıkamaz ve buna göre yıllık borç ödemeleri ve kısa dönemli borçlar için bir tavan miktar belirlemiştir. Bunun yanı sıra 2002 yılının Temmuz ayında yürürlüğe giren Bütçe İstikrar Kanununa göre, yıllık Bütçe Kanunu borçluluk seviyesi için tavan belirleyebilir</p> <p>Borçlanma: Yerel yönetimler, sabit sermaye yatırımlarını finanse etmek üzere borçlanmakta özgürdür.</p>	<p>Finansal Yaptırımlar: Bütçe İstikrar Kanununa göre, eğer yerel yönetimler borçluluk seviyesi limitlerini aşarlarsa ya da finansal bilgileri zamanında vermezlerse merkez yönetiminden yapılan transferler azaltılabilir yada durdurulabilir.</p>
Slovak Cumhuriyeti	<p>Mali Kural: Belediyeler ve onlardan daha yüksek olan bölgesel otoriteler güncel harcamaları güncel harcamalarla dengede tutmak zorundadır. 2005 yılından itibaren, Yerel borç ve borç ödemeleri (anapara ve faiz) geçen senenin güncel gelirlerinin sırasıyla %60 ve %25 oranını geçemez.</p> <p>Borçlanma: Yerel yönetimler sadece sabit sermaye yatırımlarını</p>	<p>İdari Prosedürler: Borçlarını karşılamayan belediyeler merkezi yönetim altına getirilebilir.</p> <p>Finansal Yaptırımlar: Maliye Bakanlığı mali şartlara uymayan Yerel yönetimlere bir milyon SKK'lık bir ceza uygulayabilir.</p> <p>Piyasa Disiplini: Devlet yerel yönetim borçları için garanti vermemektedir.</p>

	finanse edebilir. 75 milyon SKK'nın üzerinde kredi alınacak ise Maliye Bakanlığından onay alınması gerekmektedir. Yerel yönetim borcu, merkezi yönetim tarafından garantilenmemektedir.	
İsveç	Mali Kural: Yerel yönetim bütçeleri açık gösteremez. Eğer açık olursa, en fazla 2 yıl devam edebilir. İki yılın sonunda da açığın kapatılması gerekmektedir. Borçlanma: Yerel borçlanmalarda herhangi bir kısıtlama yoktur.	
Birleşik Krallık	Yerel Yönetimlerde Kısıtlı Mali Özerklik. Borçlanma: Yerel borçlanma merkezi yönetimin onayına bağlıdır.	

Kaynak: OECD,2003a:50-57.

2005 yılında bölgesel borç AB (25)'de 633 milyar Euro, yani kişi başına 1,370 Euro idi ve 2000-2005 yılları arasında az bir miktar yükselmiş böylece gayri safi yurtiçi hasıla oranının içindeki ağırlığı %5,6'dan %5,8'e çıkmıştır. Bölgesel borcun toplam kamu borcu içindeki ağırlığı ise %9,1'den %9,2'ye çıkmıştır. Beş yıllık dönemde ortalama yılda %2,4 bir artış görülmüştür. 2005 yılında bu oranın büyüme hızı %4,9 oranında artmıştır.

Yerel ve bölgesel borcun, gayri safi yurtiçi hasılaya oranında önemli ulusal değişiklikler görülmektedir: Malta'da neredeyse hiç borç görülmezken, İspanya'da bölgesel borç ağırlığı gayri safi yurtiçi hasıla oranının %9,1'dir. Bölgesel borç /toplam kamu borcu oranı genelde %20'nin altında kalmaktadır. Estonya ve Lüksemburg çok az kamu borcu oranına sahip istisna ülkelerdendir.

Yeni üye ülkelerin bölgesel borçları AB (15) ülkelerinden önemli oranda azdır. Sırasıyla 2005 yılında gayri safi yurtiçi hasıla oranının %2.1

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ve %6'sıdır. Ancak 2000 ve 2005 yılları arasında onların da borçlarının hacmi özellikle Macaristan, Polonya ve Letonya'da ortalama yılda %13,6 oranında artmıştır. Borç oranları düşük olsa bile, böyle bir büyüme, gittikçe liberalleşen bir borç alma piyasası çerçevesinde norm şartlarına yetişmek ve yeni altyapı inşa etmek için aktif ödünç alma politikalarının uygulandığını göstermektedir (Çek Cumhuriyeti, Polonya, Letonya vs.). 2005 yılında AB (10)'nde bölgesel borç aktif olmaya devam etmiştir (+%10,1). Bu da yeni Üye Ülkelerin bölgesel yönetimlerinin AB ortak finansmanlı projelere katılımını sağlamıştır.

AB (15)'deki bölgesel yönetimler sıklıkla daha ağır borçlanmaya gitmektedir. Bu durum İspanya, Hollanda, İtalya, Fransa ve İsveç'te geçerlidir. Buna bazen yerel yönetimlerin uzatılmış yatırım sorumlulukları neden olmaktadır. Borcun yükü bazen sadece bir avuç yerel yönetim otoritelerine binmiş olabilir. İspanyol özerk topluluklarının borçlarının %60'ı sadece Katalonya, Valensiya, Madrid'dedir.

Diğer ülkelerde görülen düşük borçlanma oranları kendi kendini finanse etmek için yeterli kapasiteye sahip olmak (Lüksemburg'da olduğu gibi) ya da katı borçlanma kurallarının mevcudiyeti ile açıklanabilir. Bu borçlanma kuralları daha merkezi ülkelerde bir gelenek halindedir ve aşırı borçlanmadan kaçınmak için uygulanıyor olabilir (Yunanistan, Birleşik Krallık, İrlanda, Danimarka, Portekiz). Bunun yanı sıra bu kurallar bütçe kısıtlamaları altında sıkılaştırılmıştır. 2000 ve 2005 yılları arasında AB bölgesel borcunun yılda ortalama sadece %2.4 oranında artmasına rağmen genelde düşük borç oranları rapor eden ülkelerin örneğin Yunanistan, İrlanda ya da Portekiz'deki bölgesel yönetimlerinde bu oran daha yüksek olmuştur. Bunun tersine, Avusturya, Hollanda ve Birleşik Krallık bu dönemde borçlarını azaltmıştır (DEXIA, 2006: 8).

SONUÇ ve ÖNERİLER

AB sınırları içerisinde demokratik ve katılımcı bir yerel yönetim anlayışı geliştirilmektedir. AB'nde tek bir yerel yönetim sistemi olmamasına rağmen, merkezi hükümetlerle yerel yönetimler arasında belirlenmiş bir alt-üst ilişkisinin olmaması, merkezi hükümetlerin belediyeleri ilgilendirebilecek konularda alacağı kararlara yerel yönetimlerin aktif olarak katılması, belediye başkanlarıyla belediye meclislerinin sistemin temelini oluşturma-

sı, belediye başkanlarının belediye meclisine hesap vermesi gibi, AB genelinde yerel yönetimlere özgü ortak özelliklerden bahsetmek mümkündür.

AB’nde, yerel yönetimlerin idari yapılanma, görev dağılımı, mali kaynak paylaşımı gibi yerel yönetim sistemine ilişkin konularda üye ülkelere herhangi bir yaptırım uygulanmadığı için tek bir yerel yönetim sistemine rastlamak mümkün değildir. Bu nedenle üye ülkelerin yerel yönetim sistemlerinde gerek idari yapılarında gerekse mali kaynak dağılımı konularında farklılıklar bulunmaktadır.

Vatandaşlara daha iyi hizmet verebilmek için halka en yakın yönetim birimi olan yerel yönetimlerin gelişmesine büyük önem verilmekte ve AB fonlarının önemli bir bölümü bu yönetimlere tahsis edilmektedir.

Yerel idarelere mali kaynakların devri suretiyle kimi hizmetlerin daha ekonomik ve kaliteli sunulması olanakları oluşturulabilir; ancak yerel idarelerin ulusal politikaları düşünmeden hareket edebilmeleri de bir risk unsurudur. Birçok ülkede yerel idarelere vergilendirme yetkisinin devri anayasa değişikliğini gerektirdiği için uygulanması kolay değildir.

KAYNAKÇA

AKTALAY, Alptekin, Yeni Kamu Yönetimi Anlayışı Çerçevesinde Merkezden Yönetim ve Yerinden Yönetim Arasındaki Denetim İlişkisi, Legal Yayınları, İstanbul, 2011.

AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat, KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

ARSLAN, Süleyman, Türkiye ve İngiltere’de Merkezi İdarenin Mahalli İdareler Üzerindeki Denetimi, Kalite Matbaası, Ankara, 1978.

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

BAYRAKÇI, Erdal, “Demokratik Yerel Yönetimin Temel İlkeleri”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl: 2002, Sayı: 7, s.89-110

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

DEXIA, *Sub-national Public Finans in the EU*, November 2006.

DEXIA, *Sub-national Public Finans in the EU*, July 2011.

DERBİL, Süheyp, İdare Hukuku, Cilt I, Recep Ulusoglu Basımevi, Ankara, 1940.

DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

EROĞLU, Hamza, İdare Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972.

GİRİTLİ, İsmet, BİLGİN, Pertev, AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2006.

GÖZLER, Kemal, KAPLAN, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 14. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2014.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, TAN, Turgut, İdare Hukuku, Cilt I, 3. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2004.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.

MARCOU, Gerard. "New Tendencies of Local Government Development in Europe." R.J. BENNETT (Ed.), *Local Government in the New Europe*, London and New York: Belhaven Press, 1993.

MİLDON, Yavuz. "Yerel-Bölgesel Yönetimler: Avrupa Konseyi ve Yerel Yönetimlerimiz-Sınır Ötesi İşbirliği ve Yerel Yönetimler." *I. Ulusal Yerel Yönetimler Çalıştayı*, 18 Mart Üniversitesi Biga İİBF, 6-7 Haziran 2003.

OECD. *ECO/WKP (2003)29*, Fiscal Relations Across Government Levels Economics Department Working Papers No. 375, Paris, 2003a.

OECD. *ECO/WKP(2001)29*, Surveillance of Tax Policies: A Synthesis of Findings in Economic Surveys, Economics Department Working Papers No. 303, Paris, 2001.

OECD. *Fiscal Decentralisation in EU Applicant States and Selected EU Member States*, Paris, 2002.

OECD. *OECD Economic Outlook*, Volume: 2003/2, No. 74, December 2003, Paris, 2003.

ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt II, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

OSTEN, Necmi, İdare Hukuku Dersleri, Başnur Matbaası, Ankara, 1968.

ÖZYÖRÜK, Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları, 72 Teksir-Daktilo-Fotokopi, Ankara, 1982.

PITIRLI, Ali. “ Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı.”, **TİD**, Haziran 1989: 59-72.

www.abgs.gov.tr/files/haberler/2011/yerel_yonetimler_ozerklik_sarti.pdfErişim Tarihi: 06.12.2014.

www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS(Erişim Tarihi:30.11.2014).

YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri I, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2006.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 1992.

ZANOBİNİ, Guido, İdare Hukuku, Cilt I, Çevirenler: Atıf AKGÜÇ ve Sahir ERMAN, M. Sadık Kağıtçı Matbaası, İstanbul, 1945.

**TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNDA YAPILAN
DEĞİŞİKLİKLER ÇERÇEVESİNDE TÜKETİCİ KREDİLERİ**
(*CONSUMER CREDITS UNDER THE RECENTLY AMENDED TURKISH CODE ON
THE PROTECTION OF THE CONSUMER*)

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Dr. Melek BİLGİN YÜCE*

ÖZET

Bu makalede 6502 sayılı Tüketicin Korunması Hakkında Kanun TKHK kapsamında tüketici kredileri tüketici kredileri konusu ele alınmıştır. İlk olarak “tüketici kredisi” kavramı ana hatlarıyla açıklanmış; sonrasında 6502 sayılı TKHK ile tüketici kredileri bakımından getirilen temel değişiklikler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, tüketicinin korunması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu, tüketici kredisi, cayma hakkı.

ABSTRACT

In this article the concept of consumer credit is examined within the scope of the provisions under the Turkish Code of Consumer Protection (Act. No. 6502). At first, main features of the concept of “consumer credit” is analysed. Then, changes brought by the newly amended Turkish Law on the Protection of Consumers Protection are analysed.

Keywords: *Consumer, protection of consumers, Turkish Law on the Protection of the Consumer, Turkish Code of Obligations, consumer credit, right of rescission.*

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: melekyuce@hotmail.com

GİRİŞ

Geçmiş yıllarda, ihtiyaca dayalı bir ürün alınmak istendiğinde ya da oldukça lüks bir isteğe dayalı para ihtiyacı olduğunda, ancak biriktirme yoluyla bu hedeflere ulaşılmaya çalışılırdı. Kişiler, önce tasarruf edip bir miktar sermayeye kavuşur; eksik kalanı eşten dosttan sağlar; ancak bu şekilde, istedikleri hedefe ulaşabilirlerdi. Elbette bazen de ulaşılamazdı. Günümüzde ise, bu durum, tüketimin artmasıyla birlikte tam tersi bir görüntü halini almıştır. Memur ya da işçi olan bir kişi, ancak emeklilik sonrasında edindiği para ile konut edinirken; günümüzde oldukça genç yaşlarda insanların konut edindikleri görülmektedir. Otomobil almak eskisi gibi lüks bir şey olmadığı gibi; maliyetleri oldukça fazla olan Güney Amerika, Avustralya seyahatleri de, şirketlerin yaptıkları taksitlere bağlı olarak daha fazla kişi tarafından ulaşılabilir ürünler hâline gelmiştir. Bu bağlamda, ister konut için olsun, isterse de bir bulaşık makinesi için olsun, günümüzde kredi kullanmamış bir kişinin olma olasılığı oldukça azdır. Genç yaşlardaki insanların dahi taksitle telefon aldıkları görülmekte olup; bu bağlamda, kredi kullanımını yaşı da oldukça erkene inmektedir.

Elbette kredi kullanımlarının hepsi bireysel ihtiyaçlar için değildir; ticarî alanda da kredi kullanımını yaygındır. Ancak tüketicilerin kullandığı kredilerin miktarı da yadsınamayacak boyutlardadır. Konut, otomobil, tatil, eğitim vb. birçok açılardan paraya ihtiyaç duyan tüketicilerin, kredilere yönelmesi en doğal sonuçtur. Hâl böyle olunca, kredi kullanan tüketicilerin korunma ihtiyacı gün geçtikçe daha fazla olmaktadır.

Ülkemizde ilk olarak 1995 yılında yürürlüğe giren Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun çerçevesinde belli başlı alanlarda koruma getirilmiş; zaman içinde kanuna belli eklemeler yapılmıştır. Konumuz olan tüketici kredisi de, 4077 sayılı Kanunda önce tek madde hâlinde düzenlenmişken, 2003 yılında yapılan değişikliklerle¹ biraz daha genişletilmiştir. Değişiklikleri içeren 4822 sayılı Kanunun 15. maddesiyle, kredilere ilişkin m.10 değiştirilmiş; yine aynı kanunun 16. maddesiyle de, TKHK'ya m.10/A eklenerek, kredi kartları düzenlenmiştir. Ancak kredilerle ilgili olarak yapılan bu değişiklikler de yeterli olmamış, bu sefer 2007 yılında konut kredilerine ilişkin olarak ekleme yapılması gerekmiş; 21.02.2007

¹ 06.03.2003 tarihli 4822 sayılı Kanun, RG, T.14.03.2003, S.25048.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

tarihli 5582 sayılı Kanunun² 24. maddesiyle TKHK'ya m.10/B eklenerek, konut kredileri bakımından da tüketicilerin korunması hedeflenmiştir.

Ancak tüketici işlemlerinin artması, doğru orantılı olarak koruma ihtiyacının artmasına da yol açmış; mevcut kanundaki koruma, zaman içindeki değişikliklere rağmen yeterli olmamaya başlamıştır. Buna bağlı olarak kanun koyucu, 07.11.2013 tarihinde 6502 sayılı Kanun³ ile daha geniş bir şekilde konuyu düzenlemiştir. 6502 sayılı TKHK kapsamında tüketici kredileri, İkinci Bölüm olarak m.22-31 arasında, toplam 10 maddede yer almaktadır. Konut finansman sözleşmeleri, tüketici kredilerinden ayrı bir başlık altında Üçüncü Bölümde düzenlenmiştir. Biz tebliğimiz kapsamında sadece tüketici kredilerinde yapılan temel değişiklikleri ele alacağız. Konuya ilişkin açıklamalara geçmeden önce, kısaca tüketici kredisi kavramından ne anlaşılması gerektiği Kanun kapsamında açıklanacaktır.

I- TÜKETİCİ KREDİSİ TANIMI

Tüketici kredisi, 6098 sayılı TBK'nın ifadesiyle TBK m.386 kapsamında tüketim ödünçü, Roma hukukundan beri kullanılagelen hukukî ifadesiyle de karz akdi niteliğindedir. Sözleşmenin niteliği bu olmakla birlikte, tüketici kredisi olarak adlandırılabilmesi için sözleşmede ödünç alan tarafın tüketici olması zorunludur. Bu çerçevede, tüketici işlemi niteliğinde olmayan bir ödünç akdine ilişkin TKHK'daki hükümlerin uygulanması gündeme gelmez; TBK'daki hükümler uygulanır.

Bir işlemin tüketici işlemi olabilmesi için, TKHK m.3/1 uyarınca, *“Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem”* olması gerekir. Ayrıca yine TKHK m.3/ğ'ye göre kredi verenin de, *“mevzuatı gereği tüketicilere kredi vermeye yetkili olan gerçek veya tüzel kişi”* olması gerekir. Sonuç olarak, tüketici kredisinin tarafları kredi veren ve tüketicidir. Kendi kişisel ihtiyacı kapsamında olmayıp, ticarî amaçlarla kullanılan bir ödünç akdi ya da mevzuat çerçevesinde kredi kullandırmaya yetkili olmayan kişilerden kullanılmış olan krediler için, TKHK hükümleri uygulanmaz.

² RG, T.06.03.2007, S.26454.

³ RG, T.28.11.2013, S.28835.

4077 sayılı TKHK m.10/I c.1’de tüketici kredisi, “*tüketici kredisi, tüketicilerin bir mal veya hizmet edinmek amacıyla kredi verenden nakit olarak aldıkları kredidir.*” şeklinde tanımlanmaktaydı. Tüketici kredilerinin sadece bu boyutta olmadığı, başka ad altında para kullanıldığı hâllerde de aslında bir kredi işlemi olduğu bu dönemde de belirtilmekteydi. Bu eleştiriler ve Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin çeşitli direktifleri ve son olarak da 2008/48/EC sayılı direktifi doğrultusunda kanunî tanımda değişiklik yapılmıştır.

6502 sayılı kanunun 22/I. maddesinde tüketici kredisi kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: “*Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi veremeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder.*”. Kredi sözleşmeleri açısından modern anlayışa uygun olarak, artık klasik kredi anlayışı yerine, faiz karşılığı para kullandırmalar dışında, para kullandıran tarafın başka bir ivaz elde ettiği türdeki para kullandırmalar açısından da kredi hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Sonuç itibarıyla, bir ivaz veya bir taahhüt karşılığında para kullandırılması hâlinde, tarafların da THKH’ya uygun olması hâlinde, tüketici kredisi gündeme gelir.

Bununla birlikte maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, “*Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir.*” denilerek, kredi kartı sözleşmeleri açısından da, tüketici kredilerine ilişkin hükümlerin uygulanması kabul edilmiştir. Esasen bu tür bir kullanıma, tipik bir karz niteliğinde olmasa da, kanun gereği bu nitelikte kabul edilmiştir.

Buna göre, tüketici kredi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi kullandırdığı veya üç aydan daha uzun süreli olarak aynı şekilde kredi kartıyla bu imkânları sağladığı veya bunu taahhüt ettiği durumlarda söz konusu olur. Bu tanım çerçevesinde, tüketici kredisi sayılacak nitelikteki sözleşmeleri tespit etmek gerekir. Bu sözleşmelerin varlığının tespiti hâlinde uygulanacak olan hükümler, TKHK’da yer alan hükümlerdir. Bu bize tüketici kredisinin uygulama alanını gösterecektir.

II- HÜKÜMLERİN UYGULAMA ALANI

4077 sayılı TKHK döneminde de, doktrinde sırf faiz karşılığı kullandırılan nakdi krediler dışında, bu amacı taşıyan diğer kredi benzeri işlemlere de, kıyasen kredi sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülmekteydi. Bu artık yeni düzenleme ile hüküm altın alınmıştır. Buna göre, TKHK m.22 – 31 arasında yer alan hükümlerin ve diğer TKHK hükümlerinin uygulanabilmesi için aşağıda anılan tarzda bir tüketici işleminin olması gerekir:

- Tipik Ödünç Akitleri,
- Ödünç Akitlerinde Ödeme Ertelemesi,
- Kredili Mevduat Hesaplarının Kullanımı,
- Kredi Kartlarından Nakit Çekim
- Kredi Kartlarında Vade Farkı Uygulanarak Ödemenin Üç Aydan Daha Uzun Süre Ertelenmesi
- Kredi Kartlarında Vade Farkı Uygulanarak Üç Aydan Fazla Taksitlendirme Yapılması,
- Kredi Kartlarında Belli Bir limit Kullanımına,
- Kredi Kartı Alınmasına Dayalı Para Kullandırılması vb.

Görüldüğü üzere, bu tarz kredileri sınırlamak mümkün değildir. Serbest piyasa koşulları çerçevesinde gündeme gelebilecek, yeni uygulamalara dayalı olarak da, bir menfaat karşılığında para kullandırılan işlemler bu kapsamda sayılabilecektir. Yukarıda saymış olduğumuz sözleşmelerden ilk dörtte yer alanlar, esasen tipik diyebileceğimiz türden ödünç sözleşmeleri niteliğindedir. TKHK’da yer alan hükümler, bu tür tipik akitlere yönelik olduğundan, hükümlerin uygulanması sırasında nispeten daha az sorun çıkacağı düşünülmektedir. Satın aldığımız otomobil için kullandığımız, 30.000 TL’lik kredinin bir yıl içinde geri ödenmesi hâlinde, bu krediye ilişkin uygulanacak olan hükümler TKHK m.22-31 arasında yer alan tüketici kredisi hükümleri olur. Bunun dışında, kullandığımız krediye ilişkin, fazladan ücret alarak taksitlerin altı ay ötelenmesi hâlinde de bu dönem için bir kredi kullandırılması söz konusu olur. Esasen bir erteleme sözleşmesi söz konusu olup, bunun bir ivaz karşılığında akdedilmesi söz konusudur. Ancak ertelemenin konusu bir para olup da, karşılığında oransal bir ivaz alındığı durumda artık ortada bir ödünç akdinin var olduğu kabûl edilmeli, bu hükümler uygulanmalıdır. Ertelene ya da taksitlendirme yapılmasına rağmen, karşılığında bir ivaz alınmadığı durumlarda, ne kadar

süre olduğundan bağımsız olarak kredi hükümlerinin uygulanması mümkün olmaz. Bu hâllerde ivazsız bir kullandırma veya erteleme olduğundan, bu uygulamalar tüketici kredisine hükmünde kabûl edilmemiştir. Elbette üç aydan fazla öteleme ya da taksitlendirmenin ille vade farkı olarak yapılması hâlinde değil, diğer başka bir menfaat elde edilerek yapılması hâlinde de kredi hükümlerinin uygulanması gerekir. Örneğin, “altı ay boyunca asgari harcama yapma veya sabit ödeme yapma” vb. menfaatler karşılığında yapılması hâlinde de tüketici kredisine hükmünün uygulanması gerekir.

Uygulamada oldukça sık biçimde kullanılan kredili mevduat hesaplarına dayalı kullanımlarda da, kredi sözleşmesi niteliği bulunmaktadır. Özellikle maaş hesaplarında görülen bu hesaplarda, maaşın belli bir oranında ya da tam bir maaş kadar ek hesap tüketicinin her an kullanımına açık tutulmaktadır. Bu bağlamda, çerçeve sözleşmeye dayalı olarak kredi kullanımını söz konusu olduğundan, bir genel kredi sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir. Bu durumlarda da TKHK’daki tüketici kredisine ilişkin hükümler uygulama bulmaktadır. Bunlar dışında bir diğer nakit kullanım hâli de, kredi kartlarından yapılan para çekimlerinde bulunmaktadır. Bu tür durumlarda da, bir çerçeve sözleşme kapsamında kredi kullanımını mevcuttur.

Bunlar dışında, maddenin ikinci fıkrasında açıkça kabûl edildiği üzere, kredi kartlarında ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya üç aydan fazla taksitlendirme yapılması hâllerinde de TKHK’daki kredi sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Buna göre, altı ay sonra ödemenin başlatıldığı ya da başlamış ödemelerin belli bir zaman sonra ertelenmesi tarzındaki tüm işlemlerde bu hükümler uygulanacaktır. Maddeye göre, satın aldığımız ürüne, tatile üç aydan fazla taksit yapıldığı hâllerde de tüketici kredisine ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelir.

Ayrıca yeni pazarlama taktiklerine bağlı olarak geliştirilen çeşitli satış teknikleri gündeme gelmektedir. Bu tekniklere dayalı olarak her gün değişik uygulamalarla, kredi kartlarına dayalı para kullandırmaları gündeme gelebilmektedir. Çevremizde birçok kanaldan bize ulaşan reklâmlarda, “sözünüze bonus”, “kredi kartı alana anında para puan”, “ayda 500 harcama sözünüze bedava og” vb. çeşitli taahhütler bulunmaktadır. Bu uygulamalarda, tüketici ya belli bir süre boyunca kartı kullanma ya da belli bir limitin üstünde kullanma taahhüdünde bulunmakta, kredi veren de bunun

karşılığın tüketiciye belli bir miktar para ya da para yerine geçen puanı kullandırmaktadır. İşte bu tür uygulamalar da, yeni düzenleme ile tüketici kredisi olarak kabûl edilmiştir. Bunlardan çıkan uyuşmazlıklarda da, TKHK m.22-31 arasındaki hükümler ile diğer ilgili hükümler uygulama bulacaktır.

III- TÜKETİCİ KREDİSİNİN ŞEKLİ

TKHK m.22/son fıkra uyarınca, “Tüketici kredisi sözleşmesi yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmaz.” denilmektedir. Buna göre, tüketici kredisine ilişkin geçerlilik şekli getirilmiş olup, sözleşme âdi yazılı şekilde yapılmadıkça kesin hükümsüz olacaktır. Bilindiği üzere, kesin hükümsüz olan bu sözleşmenin sonradan onay verilerek geçerli olması mümkün olmayıp, yeniden geçerlilik koşullarına uygun olarak yapılması gerekir.

Ancak uygulamada bunun yaratacağı sıkıntıları dikkate alan kanun koyucu, ikinci cümle olarak, “geçerli bir sözleşme yapmamış olan kredi veren, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez.” hükmünü getirmiştir. Bu hüküm, esasen doktrinin ve Yargıtay’ın genel olarak kabûl ettiği üzere, hakkın kötüye kullanılması-nın Kanun ile öngörüldüğü bir hâldir. Her ne kadar Kanunda sadece kredi veren açısından bunu ileri sürmenin mümkün olmayacağı hüküm altına alınmışsa da, kanımızca bu hususun tüketici tarafından ileri sürülmesinin de hakkın kötüye kullanılması niteliğinde kabûl edilebileceği durumlar vardır.

Maddenin kredi ödemelerinin ertelenmesinde, kredi kartlarında öteleme veya kampanyalar yapılması hallerinde yazılı bir sözleşmenin var olmayacağı açıktır. Benzer şekilde kredi kartı ile üçten fazla taksitli bir işlem yapıldığında bu sözleşmenin de çoğu olayda yazılı olmayacağı açıktır. Bu haliyle, uygulamada kesin hükümsüz birçok sözleşmenin mevcut olacağı açıktır.

IV- TÜKETİCİ KREDİSİNİN ESASLI UNSURLARI

Her sözleşmenin kurulması için zorunlu esaslı unsurların varlığı TBK m.2’de ifade edilmektedir. Bunların bir kısmı sözleşmenin tipine göre zorunlu olarak gündeme getirilen objektif esaslı unsurlar iken, diğerleri taraflara göre gündeme getirilmesi mümkün olan ve bu nedenle de sübjektif esaslı unsur olarak adlandırılan unsurlardır. TBK çerçevesinde akdedilen

bir ödünç akdi kapsamında, tarafların anaparayı ve ivazlı olup olmadığını konuşmaları, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Hatta ticarî nitelikte bir ödünç akdi söz konusu olduğunda, faiz konuşulmasa da, faiz karşılığı para kullandırıldığı karine olarak kabûl edilmiştir (TBK m.387/II).

Normal koşullarda taraflar kredi sözleşmesini, anapara faizi karşılığında bir miktar anaparanın kullanılacağı konusunda anlaşmaları sözleşmeyi kurmaya yetecekken, tüketici kredisi niteliğindeki sözleşme açısından kanun koyucu, TKHK m.31/IV ile sözleşmenin zorunlu içeriğinin yönetmelikle belirlenmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Zaten eski TKHK'da da m.10/II ile sözleşmenin zorunlu olarak kapsaması gereken unsurları sırayla sayılmıştı.

Eski TKHK m.10/II'de sayılmış olan unsurlar;

- Tüketici kredisi tutarı,
- Faiz ve diğer unsurlarla birlikte toplam borç tutarı,
- Faizin hesaplandığı yıllık oran,
- Ödeme tarihleri,
- anapara, faiz, fon ve diğer masrafların ayrı ayrı belirtildiği ödeme planı,
- İstenecek teminatlar,
- Akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı,
- Borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,
- Kredinin vadesinden önce kapatılmasına ilişkin şartlar,
- Kredinin yabancı para birimi cinsinden kullandırılması durumunda, geri ödemeye ilişkin taksitlerin ve toplam kredi tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin şartları.

6502 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme, yönetmelikle bu hususların düzenlenmesi esasını getirmiştir. Doktrinde bu husus eleştirilmektedir. Sözleşmenin esaslı unsurlarının, yetki aşımı ile yönetmeliğe bırakılması uygun bulunmamaktadır. Yönetmelik olmadan dahi, sözleşmenin konusu olan anapara miktarı ile TKHK m.25/II'nin ilk cümlesinde belirtilen, anapara faiz oranı, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer alması zorunludur. Bunun dışında tüketici kredisinin bir tüketici işlemi olması nedeniyle, genel nitelikteki diğer hükümlerin de uygulanması söz konusu olduğundan, TKHK m.4/f.4 uyarınca “her türlü ücret ve masraflar”

da sözleşmede yer alacaktır. Esasen kredi maliyetini hesaplayabilmek için bu masrafların gösterilmesi zorunluluğu, TKHK m.25'ten de çıkmaktadır.

Ancak zaten konuya ilişkin ayrıntılı bir yönetmelik hazırlanmıştır. İlgili yönetmelikte kredinin belirli veya belirsiz olmasına bağlı ayırım yapılmış; zorunlu içerik buna göre belirlenmiştir. Yönetmeliğin 11. maddesinde konu her türlü kredi için açıklanmıştır. Konumuz dışında kalan konut kredileri ile bağlı kredilere ilişkin olanlar dışında, tüketici kredisinin belirli süreli olması hâlinde zorunlu içeriğinin aşağıdakilere ilişkin olması gerektiği belirtilmektedir.

- Kredinin türü,
- Kredi verenin ve varsa kredi aracısının unvanı, açık adresi, telefonu ve diğer iletişim bilgileri,
- Kredi sözleşmesinin süresi,
- Tüketicieye ödenecek kredinin net tutarı ve kredi alınmasına ilişkin şartlar,
- Akdi faiz oranı ve akdi faiz oranının uygulanmasına ilişkin şartlar,
- Kredi sözleşmesinin kurulduğu tarihte hesaplanan efektif yıllık faiz oranı, bu oranın hesaplanması için kullanılan bütün bileşenler ve tüketici tarafından ödenecek toplam tutar,
- Ödeme planı,
- Kredi sözleşmesi süresince, tüketicinin istediği herhangi bir zamanda ücretsiz olarak hesap özeti alma hakkının olduğuna ilişkin bilgi,
- Ücretler ve faizin anapara ödemesi olmadan ödenecek olması durumunda, faiz ile tekrarlayan ve tekrarlamayan her türlü ilgili ücretin ödenmesine ilişkin şartları ve dönemleri gösteren bir açıklama,
- Kredi sözleşmesine ilişkin bir hesap açılması ve bu hesaptan sadece kredi ile ilgili işlemler yapılması durumunda, bu hesaba ilişkin herhangi bir isim altında ücret veya masraf talep edilmeyeceğine ve bu hesabın, tüketicinin aksine yazılı talebi olmaması hâlinde kredinin ödenmesi ile kapanacağına ilişkin bilgi,
- Akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmeyecek şekilde gecikme faiz oranı ve gecikme nedeniyle ilgili mevzuat gereği ödenecek ücretler,
- Tüketicinin, ödemelerini ödeme tarihinde yapmamasının ve temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları,

- 26 ncı maddeye uygun olarak varsa istenen kefaletler ve kefaletlerin adi kefalet sayılacağına ilişkin bilgi,
- Cayma hakkı, süresi ve usulüne ilişkin bilgi ile bu hakkın kullanımını durumunda anapara ile bu paranın faizini ödeme yükümlülüğü ve bunun ne şekilde hesaplanacağına dair bilgiler de dahil olmak üzere bu hakkın kullanılmasına ilişkin diğer şartlar,
- Tüketicinin erken ödemedede bulunma hakkı ve ödenen tutara göre kredi verenin faiz ve diğer maliyet unsurlarına ile ilgili indirim yapma yükümlülüğüne ilişkin bilgi,
- Kredi sözleşmesini fesh etme hakkının kullanılması için izlenecek usul,
- Tüketicilerin uyuşmazlık konusundaki başvurularını tüketici mahkemesine veya tüketici hakem heyetine yapabileceklerine dair bilgi,
- Varsa tüketicilerin başvurabileceği diğer çözüm yollarına ilişkin bilgi,
- Kredinin yabancı para birimi üzerinden kullandırılması durumunda, geri ödemeye ilişkin taksitlerin ve toplam kredi tutarının hesaplanmasında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin bilgi.

Belirsiz süreli olan kredi sözleşmeleri için farklı olan hususlar ise, kredi limitinin ne olacağı, limitin ve faiz oranlarının değiştirilmesine ilişkin esaslardır. Bunun dışındaki hususların belirsiz süreli olan kredilerde de bulunması zorunludur. Kredi kartlarına dayalı olanlar krediler ile kredili mevduat hesapları, bu bağlamda belirsiz süreli kredilerdendir.

Buraya kadar anlattıklarımız kapsamında, değişiklik aslında sadece uygulama alanının genişletilmesine ilişkin vardır. Şekil ve zorunlu içerik kapsamında, esasen kapsamlı bir değişiklik bulunmamaktadır. Bunlar dışında da, sözleşmenin içeriğinde bulunan bazı hususların nasıl düzenlenmesi gerektiği de kanunda düzenlenmiştir. Bunlar aşağıda, ayrı başlıklar altında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

V- YAPILAN TEMEL DEĞİŞİKLİKLER

A- FAİZ ORANLARI

Yeni düzenlemenin 25. maddesinde kanun koyucu, tüketici kredilerinde faiz oranlarının nasıl olması gerektiğine ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Esasen kredi sözleşmeleri açısından en önemli unsurlardan biri, tüketicinin

kullandığı para karşılığında ödeyeceği ivaz olan faizdir. Bu nedenle düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır.

Buna göre, “Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranı sabit olarak belirlenir. Sözleşmenin kurulduğu tarihte belirlenen bu oran tüketici aleyhine değiştirilemez. - Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdî faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır. Efektif faiz oranı, olduğundan düşük gösterilmişse, kredinin toplam maliyetinin hesaplanmasında esas alınacak akdî faiz oranı, düşük gösterilen efektif faiz oranına uyacak şekilde yeniden belirlenir. Bu hâllerde ödeme planı, yapılan değişikliklere göre yeniden düzenlenir.”

Maddenin ilk fıkrasıyla kanun koyucu, tüketici kredi sözleşmesinde değişken oranlarda faiz oranları uygulanmasını yasaklamıştır. Buna aykırı olan sözleşme hükmü geçersiz olur. Ancak hüküm nispi emredici nitelikte olup, tüketici lehine bir düzenleme yapılması mümkündür.

Maddenin ikinci fıkrasıyla kredi verene bir külfet yüklenmiştir. Buna göre, kredi veren sözleşmede anapara faizi miktarı ile efektif, yani masraflarla birlikte ortaya çıkan reel faiz oranının ne olduğu ya da reel faiz oranını hesaplamaya elverişli olacak şekilde kredinin tüm maliyeti gösterilmediğinde kanun gereği ivazsız ödünç akdinin varlığı kabul edilmiştir. Bu hâlde kredi veren, tüketiciden faiz talep edemeyeceği gibi, krediyle kullandırılmış olan anapara borcunu da, sözleşme süresinin sonuna kadar kullandırma yükümlülüğünde olacaktır.

Buna göre, faiz oranları açısından eski TKHK ile yeni düzenleme karşılaştırıldığında, ortaya çıkan tablo şu şekilde olmaktadır.

eTKHK	yTKHK
Anapara faizi için üst sınır yoktu.	TKHK’da hüküm yok, ancak TBK m.88/II ile her türlü işlem için üst sınır getirildi, bu tüketici işlemlerinde de uygulanmalı. TBK m.88/II uyarınca yasal faiz oranının % 50’sinden fazla olmayacak şekilde, yani en fazla %13,5 olarak belirlenebilecek.

Anapara faizi için bir düzenleme yoktu, eksik olduğunda tamamlayıcı yedek hüküm olan 3095 sayılı Kanun m.1 ile tamamlanması gündeme gelmekteydi.	TKHK m.25/f.2 uyarınca, anapara faizinin eksik kalmış olması hâlinde kredi süresince anapara faizsiz olarak kullanılacaktır.
Kredi kartları dışında faiz oranında aleyhe değişiklik yasaktı.	TKHK m.26/f.2 uyarınca, yine belirsiz süreli krediler açısından bu imkân getirildi; en az 30 gün önceden bildirimle mümkün kabûl edildi.
Temerrüt faizi oranında sınırlama vardı (akdi faizin %30'u)	TKHK'da konuya ilişkin bir düzenleme getirilmedi, yönetmelikte de yok. Ancak genel bir sınırlama TBK m.120/f.2'de söz konusu. Buna göre, akdi faizin en fazla %100'ü olarak, yani en çok %27 oranında bir temerrüt faizi belirlemesi yapılabilir.
Bileşik faize ilişkin düzenleme yoktu, ancak BK'da yasaktı.	TKHK m.4/f.7 bileşik faizin yasak olduğuna ilişkin teyit hükmü getirildi.

B- KREDİ MASRAFLARI

6502 sayılı Kanun ile masraflara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Hatta bu düzenlemeler sadece tüketici kredileri için değil, her türlü tüketici işlemi için getirilmiş düzenlemelerdir. Genel esaslar başlığı altında yer alan 4. maddenin üçüncü fıkrasında, tüketiciden fazladan bir ücret alınmayacağına ilişkin emredici bir düzenleme yer almaktadır. Hükme göre, *“Tüketiciden; kendisine sunulan mal veya hizmet kapsamında haklı olarak yapılmasını beklediği ve sözleşmeyi düzenleyen yasal yükümlülükleri arasında yer alan edimler ile sözleşmeyi düzenleyen kendi menfaati doğrultusunda yapmış olduğu masraflar için ek bir bedel talep edilemez.”* Bu bağlamda, kredi için zorunlu olarak yapılması gereken masrafların, artık tüketiciden talep edilmesi mümkün değildir. Uygulamada bazı bankaların, iletişim masrafı adı altında dahi ücretlendirme yaptıkları görülmektedir. Günümüzde iletişim maliyetlerinin düşüklüğü karşısında, bu tür masrafların uygun olmayacağı açıktır. Kanun, aynı fıkranın ikinci cümlesiyle, masraflara ilişkin olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna yetki

vermektedir. Buna göre, “Bankalar, tüketici kredisi veren finansal kuruluşlar ve kart çıkaran kuruluşlar tarafından tüketiciye sunulan ürün veya hizmetlerde ise tüketiciden faiz dışında alınacak her türlü ücret, komisyon ve masraf türleri ile bunlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlığın görüşü alınarak bu Kanunun ruhuna uygun olarak ve tüketiciyi koruyacak şekilde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından belirlenir.”.

Kanun ayrıca, yapılan masraflara ilişkin tüm belgelerin açıklamalarıyla birlikte tüketiciye verilmesi gerektiğini de aynı maddenin dördüncü fıkrasında düzenlemiştir. Kredi veren, sözleşme ile birlikte, masraflara ilişkin olan bu bilgileri de tüketiciye verdiğini ispat yükü altındadır.

Bu genel hüküm dışında da, masraflara ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

- Kredi nedeniyle açılan hesaba ilişkin hiçbir masraf talep edilemez (m.31/f.1),
- Kredi kartında yıllık ücreti olmayan bir kart seçeneği sunulmalıdır (m.31/f.23),
- Cayma hâlinde, kamu kurum ve kuruluşlarına veya üçüncü kişilere ödenenler dışında bir masraf talep edilemez (m.24/f.3),
- Erken ödeme hâlinde, faiz dışında diğer maliyet unsurlarına ilişkin de indirim yapılmalıdır (m.27),
- Sigorta yaptırılması tüketicinin isteğine bağlıdır (m.29).

Bu hususların düzenlenmiş olması genel olarak olumludur. Bu düzenlemeyle birlikte, uygulamada masraflara ilişkin oluşan karmaşanın giderilmesinin sağlanması mümkündür. Ancak m.29’da getirilen hükmün, kredi sistemi açısından uygun olmadığını düşünmekteyiz. Bir kredi sisteminin sağlıklı işleyebilmesi için sigortalanmasını zorunlu olduğunu düşündüğümüzden, sigorta yaptırılmasının tüketicinin isteğine bırakılması uygun olmamıştır. Yapılan düzenlemelerle, sadece tüketicinin korunması hâlinde sistemin sağlıklı bir biçimde yürütmesinin sağlanması mümkün değildir. Kredi veren kurumların da, kredi vermeyi sürdürebilmelerini sağlamak da sistemin yürütmesi için zorunludur. Bu bağlamda, sigortanın zorunlu tutulmasının gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Zaten ihtiyaç içinde olan tüketicinin isteğe bağlı sigorta yaptırmayı kabûl etmesi, uygulamada mümkün değildir. Bu sonucun ise, kredi kuruluşlarını, zaman içinde oldukça zor bir duruma sokması muhtemeldir.

C-SÖZLEŞMEDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

Kanunun 26. maddesi ile sözleşmede aleyhe değişiklik yapma yasağı genel ifadelerle getirilmiştir. Daha önceki kanunda da yer alan bu hüküm, aslında TBK m.24'te de düzenlemeye konu olmuştur. TBK m.24'ün uygulanabilmesi için tüketici işlemi olması gerekmediği, her türlü genel işlem koşulu içeren işlemler bakımından uygulanabileceği unutulmamalıdır. Esasen TKHK m.26 bu maddenin tekrarı sayılabilecek nitelikte bir hükümdür. TBK m.24 metni şu şekildedir: “*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır*”. Tüketici kredi sözleşmelerinde yer alan hükümlerin büyük çoğunluğunun genel işlem koşulu niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Bu nedenle bu hüküm, tek taraflı aleyhe değişiklik getiren her türlü işlem için devreye girecektir. Ancak bunun dışında konuya ilişkin özel hüküm olan, sadece tüketici kredileri için getirilmiş TKHK m.26 bulunmaktadır.

TKHK m.26 metninde ise, konu ikili bir ayırım yapılarak düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrası belirli süreli kredileri, ikinci fıkrası ise belirsiz süreli kredileri dikkate almaktadır. Buna göre; “*Belirli süreli kredi sözleşmesinin şartları, tüketici aleyhine değiştirilemez. - Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranında değişiklik yapılması hâlinde, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce, tüketiciye kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yazılı olarak bildirilmesi zorunludur. Bu bildirimde, yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile aralıklarının değişmesine ilişkin ayrıntılara yer verilir. Faiz oranının artırılması hâlinde, yeni faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici, bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde borcun tamamını ödediği ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez*”. Görüldüğü üzere, burada belirli süreli krediler için mutlak bir yasak getirilmiş iken, belirsiz süreli kredilerde faiz oranı için bir esneklik tanınmıştır. Esasen bu esnekliğin tanınması zorunludur. Aynı esnekliğin TBK m.24 için de tanınması gerektiğini her zaman dile getirmekteyiz. Dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılacak değişikliklere izin verilmesinin zorunlu olduğunu; aksi hâlde sistemin işleyişinde sıkıntı yaşanabileceğini düşünmekteyiz. Belirsiz süreli kredi sözleşmesinde faize ilişkin yapı-

lacak değişikliklerdeki usûl hükme bağlanmış; tüketicinin de buna uyma zorunluluğu ile kurtulma imkânı aynı hükümde yer almıştır.

D- TÜKETİCİNİN CAYMA HAKKI

6502 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenlemelerden biri de, tüketiciye aldığı krediden herhangi bir gerekçe göstermeksizin cayma hakkıdır. Kapıdan satışlarda mevcut olan cayma hakkı, Avrupa Birliği direktifleriyle bağlantılı olarak tüketicilere krediler için de tanınmıştır. Bu hakla, tüketiciye son kez durumunu değerlendirip, sözleşme ile girdiği borçtan tek tarafı olarak kurtulma imkânı tanınmıştır. Konuyu düzenleyen m.24/1'e göre, *“Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin tüketici kredisi sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir”*. Madde ifadesinden açıkça görüldüğü üzere, bu madde ile tüketiciye iradi şarta bağlı bir bozucu yenilik doğuran hak tanınmıştır. Bu hakkın kullanılmasına engel olacak ya da kullanılmasını zorlaştıracak şekilde ceza koşulu vb. hükümlerin öngörülmesi de emredici düzenleme ile yasaklanmıştır.

Ondört günlük süre içinde kullanılacak hak açısından, karşılıklı anlaşmayla daha az süre belirlenemeyecekse de, daha fazla süre verilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Bu sonuç, süreye ilişkin kısmın nispi emredici nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır. Burada çözülmesi gereken bir husus da, sürenin nereden başlayacağıdır. Maddenin ikinci fıkrasında, *“Kredi veren, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür.”* hükmü bulunmaktadır. Doktrinde ileri sürüldüğü üzere, bizim de kanaatimiz, cayma hakkının bilgilendirme ile başlaması gerektiğidir. Cayma hakkı olduğunu bilmeyen bir tüketiciden, bu hakkını süresi içinde kullanması beklenemez. Bilgilendirmenin sözleşmenin kurulmasından önce yapıldığı hâllerde, cayma hakkına ilişkin sürenin sözleşmenin akdedilmesinden itibaren başlaması gerekir. Aynı şekilde, tüketicinin bilgilendirme yapılmamış olmasına rağmen, cayma hakkına ilişkin bilgisinin olduğu ispatlandığı hâllerde de, kanımızca süre sözleşmenin akdedilmesiyle başlanmalıdır. Örneğin, tüketicinin daha önceden bir krediye ilişkin bu hakkını kullandığı, daha önceden kullanmış olduğu krediye ilişkin bilgilendirmenin var olduğu gibi hâllerde, tüketicinin sırf münferit kredi sözleşmesine ilişkin bilgilendirmenin yapılmamasına dayalı olarak sürenin başlamadığını iddiası kanımızca hakkın kötüye kullanılması

niteliğinde kabûl edilmelidir. Bunun dışında, tüketicinin bilmediği ve bilgilendirmenin de yapılmadığı hâllerde, sürenin başlangıcı konusunda TKHK m.47/6 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır.

Bozucu yenilik doğuran hak olan cayma hakkı, yöneltilmesi gereken bir irade beyanı olup; kredi verene yöneltilecektir. Hakkı düzenleyen madde uyarınca, cayma hakkının süresi içinde kullanılmış olması yeterli olup; süre içinde muhatabına varması gerekmemektedir. Buna göre, sözleşmenin akdedilmesinden sonra onüçüncü günde cayma beyanında bulunan tüketicinin beyanı, kredi verene onaltıncı günde varsa dahi beyan hükümlerini doğuracak; sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz olacaktır. Ancak irade beyanının muhataba varmadan kaybolduğu durumlarda, örneğin kargoda kaybolması hâlinde, irade beyanı varmayla sonuçlarını doğuracağından hükümlerini doğurması mümkün olmayacaktır. Cayma beyanı şekle tabi olmadan kullanılabilecekse de, sözlü kullanıldığı hâllerde ispat açısından sorun yaşanacağı unutulmamalıdır.

Cayma hakkının süresi içinde kullanılması hâlinde sonuçları doğacak ve akdedilmiş olan kredi sözleşmesi baştan itibaren kesin hükümsüz olacaksa da, madde düzenlemesine bağlı olarak, tüketicinin belli bir zaman dilimi içinde iade borcunu yerine getirmemesine bağlı olarak, irade beyanı hükümden düşecektir. Konuyu düzenleyen üçüncü fıkra göre, “*Cayma hakkını kullanan tüketicinin krediden faydalandığı hâllerde, tüketici, anapara ve kredinin kullanıldığı tarihten anaparanın geri ödendiği tarihe kadar olan sürede tahakkuk eden faizi en geç cayma bildirimini kredi verene göndermesinden sonra otuz gün içinde geri öder. Bu süre içinde ödeme yapılmaması hâlinde tüketici kredisinden cayılmamış sayılır. Faiz, akdî faiz oranına göre hesaplanır. Tüketiciden, hesaplanan akdî faiz ve bir kamu kurum veya kuruluşuna veya üçüncü kişilere ödenmiş olan masraflar dışında herhangi bir bedel talep edilemez*”. Bu hâlde tüketici sadece, cayma beyanına kadar olan dönem için anapara faizi ödemekle yükümlü olur; bunun dışında bir sorumluluğu söz konusu olmaz. Paranın onun kullanımında olduğu döneme ilişkin ödenecek anapara faizi dışında, bir de kamu kurum ve kuruluşlarına ödenen masraflar, harçlar vb. ödemeler ile kredi nedeniyle üçüncü kişilere ödenmiş ve doğal olarak iadesi mümkün olmayan ödemeler de tüketici tarafından ödenecektir. Cayma hakkını kullanan tüketicinin, caymaya ilişkin irade beyanını göndermeden itibaren en geç 30

gün içinde iade borcunu, maddeye uygun olarak yapması gerekir. Aksi hâlde, cayma hakkı kanununun, esasen tüketicinin iradi bir davranışına bağladığı sonuç gereği kullanılmamış sayılır. Bu ihtimalde, kredi sözleşmesi ilk yapıldığı koşullarla devam eder.

E- TÜKETİCİNİN ERKEN ÖDEME HAKKI

TKHK m.27 ile, tüketiciye ihtiyacı doğrultusunda kullanmış olduğu krediyi, eline sonradan toplu para geçmesi hâlinde, erken ödeme yaparak kapatma veya azaltma imkânı tanınmıştır. Bu imkân 4077 sayılı kanunda da bulunmaktaydı. “Erken Ödeme” başlıklı maddeye göre, “*Tüketici, vadesi gelmemiş bir veya birden çok taksit ödemesinde bulunabilir veya kredi borcunun tamamını erken ödeyebilir. Bu hâllerde kredi veren, erken ödenen miktara göre gerekli tüm faiz ve diğer maliyet unsurlarına ilişkin indirim yapmakla yükümlüdür*”.

Maddenin ilk cümlesinin esasen bir önemi yoktur. Borcun muacceliyetten önce ödenmesi mümkün olup, buna borçlunun erken ifaya yetkili olması (erken ifa edilebilirlik) denir. Erken ifa TBK m.96’da düzenlenmiş olup, “*sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça*” borçlunun erken ifa yapmaya yetkili olduğu kabûl edilmektedir. Bu bağlamda erken ifa teklifi, gereği gibi ifa teklifi olup alacaklı kabûl etmek zorundadır. Kabûl etmediğinde alacaklı temerrüdüne düşer. Ancak borcun muacceliyetten önce ifa edilebiliyor olması hâlinde kural olarak indirim yapılmaz. Fakat TBK m.96’da, erken ifa hâlinde, “*kanun veya sözleşme ya da âdet gereği*” indirim yapılabileceği öngörülmektedir. İşte TKHK m.27’de düzenlenmiş olan erken ödeme hâlinde indirim yapılacağına ilişkin madde, TBK m.96’da sayılan istisnai düzenlemelerden biridir. Bu bağlamda, maddenin ikinci cümlesi farklı bir sonuç yaratmakta; tüketicinin erken ödeme yapması hâlinde, diğer borçlardan farklı olarak, indirim talep edebilmesine imkân sağlamaktadır. Bu konuya ilişkin olarak çıkarılan yönetmelikler çerçevesinde hesaplama yapılarak, gerekli indirimin yapılması kanunî zorunluluktur.

F- TAKSİTLERİ ÖDEMEDE TEMERRÜT HALİNDE

Hem 4077 sayılı Kanunda hem de 6502 sayılı Kanunda, tüketicinin temerrüdü özel olarak düzenlenmiştir. Esasen bu düzenlemeler sadece tek bir

kredi taksidi ödemesi dikkate alınarak yapılmamakta; asıl olarak, kredi sözleşmelerine konan muacceliyet kayıtlarına dayalı olarak yapılmaktadır. Yoksa kredi veren, kredinin tümünü talep etmeyerek, sadece temerrüde düşülen taksidi talep ettiği hâlde; yani aynen ifa talebinde bulunduğu durumda, TBK kapsamında para borcunun ifasında temerrüt hükümleri çerçevesinde talepler gündeme gelir. Ancak ne zaman kredi veren, tüketicinin temerrüdüne dayalı olarak tüm kredi sözleşmesine esas miktarı talep etmek ister; o zaman TKHK m.28'deki düzenleme devreye girecektir.

Madde düzenlemesi şu şekildedir: “*Belirli süreli kredi sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, kredi veren, borcun tamamının ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak kredi verenin bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kullanılabilir. Kredi verenin bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur. - Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmaz.*”. Benzer bir düzenleme, 4077 sayılı Kanununun 10. maddesinde de yer almaktaydı. Bu nedenle konuyu, karşılaştırma yaparak, bir tablo hâlinde göstermenin daha uygun olacağını düşündük.

eTKHK m.10/III	YTKHK m.28
Muacceliyet kaydı bulunmalıydı.	Muacceliyet kaydı bulunmalıdır.
Kredi verenin edimleri ifa edilmiş olmalıydı.	Kredi verenin edimleri ifa edilmiş olmalıdır.
Birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüt olmalıydı.	Birbirini izleyen en az iki taksidi ödemede temerrüt olmalıdır.
En az bir hafta süre vererek muacceliyet uyarısında bulunmalıydı.	En az 30 (otuz) gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunmalıdır.
----	Taksitlerin hesaplanmasında faiz, masraflar, komisyonlar dikkate alınmaz

Tablodan da rahatlıkla görülebileceği üzere, ilk üç koşul daha önceki düzenleme ile aynıdır. Bunlarda bir değişiklik yapılmamıştır. Farklı olarak düzenlenmiş olan husus, bir haftalık uyarı süresine ilişkin olup, bu süre 30

güne çıkarılmıştır. Diğer bir farklılık da, taksitlerin hesabında sadece ana-paranın dikkate alınacağını belirten son fıkradır. Buna göre, vadesinden önce, sözleşmedeki kayda dayalı olarak muaccel hâle gelen taksitlerin ödemesinde, aynı erken ödemede olduğu gibi, işleyecek olan faizlerin ve komisyonların dikkate alınmaması gerektiği açıklanmıştır.

AYIPLI MALDAN KAYNAKLANAN SORUMLULUK VE UYGU- LAMA SORUNLARI*

(LIABILITY ARISING OUT OF DEFECTIVE GOODS AND PROBLEMS IN
APPLICATION)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Gül DOĞAN**

ÖZET

Bu makalede 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK) öngörülen tüketici sözleşmesine dayalı mal sağlama durumunda, satıcının ve müteselsilen üretici ve ithalatçının sorumluluğunu doğuran ayıplı ifa halleri incelenmiştir. Söz konusu sorumluluk doğuran haller incelenirken tüketicinin ayıplı ifadan kaynaklanan seçimlik hakları ve bu hakların kullanılmasına ilişkin sınırlamalar, ayıplı ifa durumunda uygulanacak zamanaşımı süresi ve ispat kuralları da irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, tüketicinin korunması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu, ayıplı mal, ayıplı ifa, sorumluluk, ithalatçı, imalatçı, satıcı.

ABSTRACT

In this article, defective performance types, which may give rise to the joint and several liability of a seller, a producer, and/or an importer based on a consumer contract under the Turkish Code of Consumer Protection (Act. No. 6502) are examined. In this context, alternative rights of a consumer due to defective performance, and the use restrictions on those rights, statute of limitations, and relevant rules of evidence are analyzed.

Keywords: *Consumer, protection of consumers, Turkish Code of Consumer Protection, Turkish Code of Obligations, defective good, defective performance, liability, importer, producer, seller.*

I. GENEL OLARAK

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK)¹ 8. maddesi, tüketici sözleşmesine dayalı mal sağlama durumunda, satıcının ve müteselsilen üretici ve ithalatçının sorumluluğunu doğuran ayıplı ifa hallerini düzenlemektedir. Ayıplı mal sağlama, satış sözleşmesi dışında, örneğin, istisna sözleşmesi ile de gerçekleştirilebileceğinden, tüm mal sağlamaya yönelik sözleşmeler için genel ve soyut bir ayıplı ifa tanımı vermek yerine, kanun koyucu ayıplı ifa sayılabilecek halleri, TKHK m. 8’de sıralama yoluna gitmiştir². TKHK m. 9’da, ayıplı maldan kaynaklanan sorumluluk düzenlenirken, TKHK m. 10’da, ayıplı maldan sorumluluk bakımından ispat kuralları getirilmiştir. Tüketicinin ayıplı ifadan kaynaklanan seçimlik hakları ve bu hakların kullanılmasına ilişkin sınırlamalar, TKHK m. 11’de hükme bağlanmış, ayıplı ifa durumunda uygulanacak zamamaşımı süresi ise, TKHK m. 12’de düzenlenmiştir.

II. TKHK’ A GÖRE AYIPLI İFA

TKHK m. 8/I’de öncelikle, malın tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması halini, bir ayıplı ifa hali olarak düzenlemiştir³. Böylece kanun koyucu, “örnek üzerine sözleşmeler” bakımından ayıplı ifanın varlığını kabul etmiştir. Bu noktada, TBK m. 247’nin ispat kuralları, tüketici sözleşmesi niteliğindeki örnek üzerine

* 20 Aralık 2014 Tarihinde Yeditepe Üniversitesi’nde düzenlenen “Tüketici Hukuku Sempozyumu” nda sunulan tebliğ.

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** guldogan@yeditepe.edu.tr

¹ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 7.11.2013 tarihinde kabul edilmiş, 28.11.2013 tarihli 28835 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Kanunun 87. maddesi gereği, 6502 sayılı Kanun, 28.05.2014 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

² Gümüş, Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I (Madde 1-46), İstanbul 2014, s. 84.

³ Bu düzenleme, ayıptan doğan sorumluluğun temelini, sözleşmeye mi yoksa, garanti sorumluluğuna mı dayandığı şeklindeki tartışmaları, sözleşme lehine çözmüştür; bu konuda bkz. Atamer, M. Yeşim/Baş, Ece: “Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, İBD Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, Özel Sayı 1, 2014, s. 22.

satış sözleşmelerine doğrudan uygulanırken (TKHK m. 83/I), diğer örnek üzerine tüketici sözleşmelerine ise, kıyasen uygulanır⁴.

TKHK m. 8/I, objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşı-maması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan malın da, ayıplı mal niteliğini taşıdığını belirtmiştir. Satış sözleşmesi bakımından satılan maldan beklenen faydanın, taraflarca anlaşarak belirlenemediği durumlarda, işlem hayatındaki kabullere göre, özellikle işin niteliği, satış sözleşmesi ile arzulan amaç gibi kriterlere göre, tüketicinin satılardan beklediği faydanın gerçekleşmesine engel olan nitelik eksiklikleri, malın objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşı-maması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, satılan malın “objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşı-maması” ifadesi ile, tüketicinin maldan makul olarak beklediği faydaların elde edemeyeceği bir “varsayım” olarak kabul edilmiştir; bu ifadenin, eser sözleşmesi bakımından, güven ilkesi gereği eserde bulunması gereken niteliklerin yokluğu anlamına geldiği belirtilmelidir⁵.

TKHK m. 8/II'ye göre, “Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir”.

Öncelikle, ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilanlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan mallar, ayıplı mal niteliğini haizdir. Böylece, düzenlemede öngörülen şekillerden birisi ile yapılan nitelik (vasıf) vaadine dayalı ayıplı mal ifası hükme bağlanmıştır. Ancak, doktrinde savunulan, abartılı reklamların bir nitelik bildirimini sayılmayacağı şeklindeki görüşün, tüketici hukuku bakımından da benimsenmesi gerekir⁶. Tüketici, reklamlarda sözü edilen nitelik açıklamasının ciddiyet taşımadığını, abartılı olduğunu, somut olayın şartlarına göre dürüstlük kuralı çerçeve-

⁴ Gümüş, s. 88.

⁵ Gümüş, s. 88.

⁶ Göle, Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlar, Ankara 1983, s. 152, Gümüş, I, s. 80-81.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

sinde değerlendirebiliyorsa, satıcı ve müteselsilen üretici ve ithalatçı bakımından bir ayıplı ifa sorumluluğu doğmamalıdır⁷.

Hükümde, “satıcı tarafından bildirilen” ifadesi kullanılarak, söz konusu niteliklerin satılan malda bulunmamasının satıcıyı sorumlu kıldığı öngörülmüştür. Böylece, yeni TKHK bakımından da, vasıf vaadine dayalı ayıplı ifa sorumluluğunun söz konusu olduğu vurgulanmıştır. Maddede sözü edilen “teknik düzenleme” ifadesi, TKHK m. 3, j bendi uyarınca bir malın imalatında uyulması zorunlu olan düzenlemeleri ifade eder⁸. Yani, satıcı/ imalatçı bu konuda hiçbir taahhütte bulunmasa da her tüketici, maldaki bu özellikleri beklemekte haklıdır.

Yine hükümde, tüketicinin her türlü beklentisi değil, makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran malların da, ayıplı mal niteliğini haiz olduğu belirtilmiştir. Somut olayda, ortalama bir tüketicinin beklentisine göre, malın objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması halinde malın, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azalttığı veya ortadan kaldırdığı kabul edilir. Tüketicinin makul beklentisini aşan nitelik eksiklikleri ise, satıcı tarafından bilinebildiği ve kabul edildiği ölçüde ayıplı ifa sorumluluğuna yol açar. Hükümde, ayıbın önemli olması gerekip gerekmediğine ilişkin bir kısıtlamaya yer verilmemiş olsa da, TBK m. 219 hükmüne uygun olarak, maldan beklenen faydanın azalması ve ortadan kalkmasının önemli olması gerekmektedir. Örneğin, satın alınan yemek masasının altında kalan ve hiç görünmeyen kısmındaki küçük cila bozuklukları, esaslı olmayan ayıplar olarak, TKHK bakımından

⁷ Gümüş, s. 89; Atamer/Baş, s. 24. Gümüş, nitelik vaadinin, “münhasıran” fiilen satış yapan satıcının, üreticinin veya ithalatçının yapmış olduğu reklam ve ilanlarda yer almasının yeterli olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, başka bir satıcının internet portalında nitelik vaadleri çerçevesinde başka bir satıcı ile sözleşme akdetmiş olan tüketici, salt nitelik vaadine dayalı olarak, sözleşme akdettiği satıcıyı sorumlu tutamamalıdır; bkz. Gümüş, s. 89, dn. 104.

⁸ 4703 sayılı Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun m. 3/j hükmü gereği, “Teknik düzenleme : Bir ürünün, ilgili idari hükümler de dahil olmak üzere, özellikleri, işletme ve üretim yöntemleri, bunlarla ilgili terminoloji, sembol, ambalajlama, işaretleme, etiketleme ve uygunluk değerlendirmesi işlemleri hususlarından biri veya birkaçını belirten ve uyulması zorunlu olan her türlü düzenlemeyi ifade etmektedir.

satıcının ayıplı ifa sorumluluğuna yol açmamalıdır⁹. Belirtmek gerekir ki, TKHK m. 13/II'de değer azalması olgusuna ayıplı hizmetler bakımından yer verilmiştir. TKHK m. 13/II hükmü, ayıplı mal ifası bakımından kıyasen uygulanmalı ve ayıbın malın değerini objektif olarak ortadan kaldırması veya önemli ölçüde azaltmasının da, satıcının ve diğer müteselsil sorumluların sorumluluğuna neden olması gerekir¹⁰.

“Muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan mallar” da, TKHK m. 8/II ye göre ayıplı mal niteliğini taşımaktadır. Maddede öngörülen bu husus aslında tüketicinin, maldan makul olarak beklediği faydaların azalması veya ortadan kalkması halidir. Örneğin, piyasada satılan aynı yıla ait fiyat ve nitelik olarak eşdeğer kalitede olan tüm klimalarda uyku modu olduğu halde, tüketicinin satın aldığı klimada uyku modu bulunmaması, tüketici tarafından satın alınan klimanın muadili olan klimaların kullanım amacını karşılamaması nedeniyle, tüketicinin maldan makul olarak beklediği faydaların azalması veya ortadan kalkması hali yani, bir ayıplı ifa durumunun varlığı sonucunu doğurur. Mevcut karşılaştırma, aynı veya benzer hammaddeyi, teknolojiyi kullanan birbiri ile rekabet halindeki malların temel özellikleri itibarıyla yapılmalıdır¹¹. Örneğin, bir firmanın ürettiği televizyonların insan sesiyle komut alabilmesi özelliğinin, diğer firmaların ürettiği televizyonlarda bulunmaması ayıplı ifaya yol açmaz.

TKHK m. 8/II'de, maddi, hukuki veya ekonomik nitelikteki eksikliklerin, ayıp oluşturabileceği hükme bağlanmıştır. Maddi ayıp, satılanın kırık, bozuk olması gibi fiziksel niteliğine ilişkin eksiklikleri ifade eder. Hukuki ayıp, maldan amacına uygun şekilde yararlanma ve tasarruf imkanını ortadan kaldıran veya sınırlandıran hukuk kurallarının varlığı halinde söz konusu olur. Ekonomik ayıp ise, daha çok normal şartlarda satılardan elde edilmesi beklenen tarzda gelir veya verimin sağlanamaması, masrafların beklenenden fazla olmasını belirtir¹².

⁹ Önemsiz sayılacak ayıplarda, alıcı dönme hakkını kullanamamalı, önemsiz bir ayıp için onarım veya bedelin indirilmesi kabul edilebilir olsa da, dönme hakkını kullanmak MK m. 2/II uyarınca hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıdığından reddedilmelidir.

¹⁰ Gümüş, s. 90.

¹¹ Gümüş, s. 90. Ayrıca bkz. Atamer/Baş, s. 25.

¹² Örneğin, otomobilin tüketicieye bildirilenden çok daha fazla benzin sarfetmesi, ekonomik ayıp niteliğindedir; Yargıtay 13. HD., 4.2.2008 T., E. 2007/1592, K. 2008/1274 (www.kazanci.com).

TKHK m. 8/III'de yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Hükme göre, "Sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi veya montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hâllerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur".

Bu düzenleme ile sözleşme konusu malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi ayıplı ifa sayılmış, teslim için belirli süre veya vade kararlaştırılmış mal sağlamaya yönelik tüketici sözleşmelerinde ayıplı ifa ile borçlu temerrüdü kurumları birbirine eşdeğer kılınmıştır. Hükümün lafzından hareketle, satıcının mülkiyeti devir ve teslim borcunun sözleşmenin kurulduğu anda doğduğu ve muaccel olduğu peşin satışlarda veya bu borç için belirsiz vade kararlaştırıldığı durumlarda, ifade zamansal gecikmenin ayıplı ifa hükümlerinin uygulanmasını gerekli kılmadığı söylenebilir¹³. Doktrinde, yasal düzenlemeye rağmen, sözleşmeye konu malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesi durumunda, TKHK m. 8/III hükmü ile TBK'nın borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerinin yarışmalı olarak uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁴. Ancak, temerrüt hali için dahi, TKHK'nın kısa zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulur.

Hükümde ayrıca, montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi veya malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hâllerde,

¹³ Hükümün gerekçesine göre "...Ayrıca tüketicilerin sıklıkla karşılaştıkları bir sorun olan sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde teslim edilmemesi durumunda da sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur. Bu durumda tüketici ayıplı mala ilişkin hükümlerden yararlanacaktır".

¹⁴ Gümüş, s. 92. Yazara göre, TKHK'un ayıplı ifa hükümleri, satıcının borçlu temerrüdü durumunda uygulanırken, alıcının sahip olduğu seçimlik haklar bakımından zamansal gecikme gereği ileri sürebileceği tek seçimlik hak, sözleşmeden dönme olup, kanun koyucu aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini isteme hakkını tüketicinin elinden almıştır. "Yine, TBK'nın genel hükümlerinin dönme öncesi kural olarak satıcıya uygun bir süre tanınması yönündeki kural uygulama bulmayacak, tüketici satıcıya uygun bir süre tanımaksızın sözleşmeden dönebilecektir. Öte yandan yTKHK m. 10/I'e kıyasen sözleşmede öngörülen sürenin ilk altı ayında dönme hakkı kullanılırsa sözleşme ihlali yasa gereği ispatlanmış sayılır"; bkz. Gümüş, s. 91-92.

montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa yine ayıplı ifanın söz konusu olacağı ifade edilmiştir¹⁵. Örneğin, satın alınan bir kitaplığın raflarında herhangi bir ayıp olmamasına rağmen, kitaplığı monte etmek için gelen görevlinin rafların montajını eğri yapması halinde, kitaplığın ayıplı olduğundan bahsedilir. Adı geçen düzenlemede belirtildiği üzere, satılan malın montajının satıcı dışında, üreticiye bağlı yetkili servisler aracılığıyla yapılması ya da talimatlarda bir yanlışlık veya eksiklik olmamasına rağmen montaj tüketici tarafından hatalı yapılmışsa, satıcının sorumluluğu söz konusu olmaz. Buna karşılık, satıcı ile tabiyet ilişkisi içerisindeki kişiler tarafından gerçekleştirilen montaj hatalarından da, satıcı ayıplı ifa hükümlerine göre sorumlu tutulur¹⁶.

III. AYIPLI MALDAN SORUMLULUK

TKHK m. 9/1'e göre, "Satıcı, malı satış sözleşmesine uygun olarak tüketiciye teslim etmekle yükümlüdür". Bu düzenleme gereği, satıcının ve diğer müteselsil sorumluların sorumluluklarının doğabilmesi için satılanın tüketiciye teslim edilmesi ve teslim anında ayıplı olması gerekmektedir.

2011 tarihli AB Tüketici Hakları Yönergesi m. 20 uyarınca, aksine sözleşme yapılmadığı sürece tüketici satın sözleşmelerinde kural olarak, bir götürme borcunun var olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, malın fiziksel olarak tüketiciye teslim edilmesi anına kadar malın uğrayabileceği her türlü zarardan sorumluluk satıcıdadır. Malın teslimi anı, hasarın intikal

¹⁵ Hükmün gerekçesine göre, "Üçüncü fıkrada, 1999/44 sayılı AB Yönergesinin 2 nci maddesinin beşinci paragrafına uygun olarak, ayıp kavramı kapsamına dâhil edilen, malın gereği gibi monte edilmemesi halleri düzenlenmiştir. Her ne kadar ayıbın varlığı malın teslim edildiği ana göre belirleniyorsa da, malın henüz monte edilmeden teslim edildiği, ancak montajının satıcı veya onun sorumluluğunda başkaları tarafından gerçekleştirildiği hallerde teslim sonrasında, montaj aşamasında ortaya çıkan sorunlar da ayıp kavramı içinde değerlendirilmiştir. Aynı şekilde, montajın tüketici tarafından yapılmasının kararlaştırılmış olduğu hallerde, yanlış montajın, satıcı tarafından sunulan montaj talimatnamesindeki yanlışlık veya eksikliğe dayanması durumunda oluşacak bu ayıp malın ayıbı olarak değerlendirilir ve teslimden sonra ortaya çıkmış olsa bile ayıp hükümlerine tabi olur"

¹⁶ Gümüş, s. 92. Yazar, yasadaki "sorumluluğu altındaki" ifadeden hareketle, satıcının üçüncü kişi yararına istisna sözleşmesi ile montajı bağımsız olarak iş gören üçüncü bir kişiye yaptırdığı durumda, ortaya çıkan montaj hatasından dolayı da satıcının sorumlu tutulamayacağını belirterek, tüketicinin bu durumda da, ücretsiz onarım veya ayıpsızıyla değiştirilmesini isteme seçicilik haklarını üretici ve ithalatçıya karşı da ileri sürebileceğini (TKHK m. 11/II, c. 1) belirtmektedir, bkz. Gümüş, s. 92.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ettiği andır. Her ne kadar TKHK m. 8 bu yönde bir açıklık içermese de, f. I'de "tüketiciye teslimi anı"ndan bahsediliyor olması, AB Yönergesi'ne uygun bir yorum yapılmasına ve tüketici satımları açısından her zaman bir götürme borcunun kabulüne imkan tanımaktadır¹⁷.

TKHK m. 9/II hükmü ise, reklamlara dayalı nitelik vaadi kapsamında, satıcının kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulmasına imkan tanımaktadır¹⁸. Söz konusu hükme göre, "Satıcı, kendisinden kaynaklanmayan reklam yoluyla yapılan açıklamalardan haberdar olmadığını ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyeceğini veya yapılan açıklamanın içeriğinin satış sözleşmesinin akdi anında düzeltilmiş olduğunu veya satış sözleşmesi kurulma kararının bu açıklama ile nedensellik bağı içinde olmadığını ispatladığı takdirde açıklamanın içeriği ile bağlı olmaz". Bu düzenleme, satıcı bakımından kurtuluş kanıtı getirdiğinden, üretici ve imalatçı/ihtalatçının sorumluluğu bakımından uygulama alanı bulmaz.

Satıcının, reklam yoluyla yapılan nitelik vaadi kapsamında sorumluluktan kurtulabilmesi için ispatlayabileceği ilk husus, mala ilişkin olarak yapılan reklamlardan fiilen haberdar olmaması ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyecek olmasıdır. Örneğin, Batman'da akdedilen bir satış sözleşmesini tüketicinin, imalatçı tarafından sadece Edirne'de yayımlanan ve Edirne ziyaretinde gördüğü reklamlardaki açıklamalar nedeniyle akdetmesi halinde satıcı sorumlu olmaz. Zira, bu durumda reklamdaki taahhüdün sözleşme içeriği olmadığı kabul edileceğinden, bu taahhüden

¹⁷ Atamer/Baş, s. 27. Aksi görüşte, Gümüş, s. 93

¹⁸ Hükmün gerekçesine göre, "İkinci fıkra 1999/44 sayılı AB Yönergesinin 2 nci maddesinin dördüncü paragrafı esas alınarak kaleme alınmıştır. Reklam veya ilân yoluyla yapılan açıklamalara aykırı mal teslim edilmesi halinde bir ayıbın varlığının kabul edilmesinin nedeni, bu açıklamalarda yer alan taahhütlerin taraflarca bilindiği ve dolayısıyla bunların sözleşme içeriği olduğudur. Ancak, nadiren de olsa, satıcının, mala ilişkin olarak örneğin üretici tarafından yapılan reklamlardan fiilen haberdar olmaması ve haberdar olmasının da kendisinden beklenemeyecek olması ihtimali vardır. İşte bu hallerde satıcının ilgili taahhütlerle bağlı tutulması uygun olmayacaktır. Kuşkusuz bu durumda ispat yükü satıcıdadır. Satıcının reklam ve ilânlarda vaat edilenlerden sorumlu tutulmaktan kurtulmak için başvurabileceği ikinci yöntem, gerçeği yansıtmayan reklam veya ilânın, satım sözleşmesinin kurulması anına kadar düzeltilmiş olduğunu ispat etmesidir. Bu hallerde sözleşme içeriği zaten yeni reklama göre belirlenir. Son olarak satıcı, ilgili reklam ve ilâna rağmen, tüketicinin bunlardan etkilenmediğini, yani buradaki taahhütlere bağlı olarak sözleşme kurma iradesinin oluşmadığını da ispat edebilir. Örneğin ilgili reklamın hiç ulaşmadığı bir bölgede kurulan bir satım sözleşmesi açısından bu imkân mevcuttur. Bu hallerde yine reklamdaki taahhüdün sözleşme içeriği olmadığı kabul edilebilir".

sapan malın da ayıplı olduğu söylenemeyecektir¹⁹. Satıcının ispatlayabileceği ikinci husus ise, gerçeği yansıtmayan reklam veya ilanın, satım sözleşmesinin kurulması anına kadar düzeltildiğini ispat etmesidir. Bu hallerde sözleşme içeriği, zaten yeni reklama göre belirlenecektir²⁰. Tüketici, satış sözleşmesi yapılırken fiilen düzeltilen reklamlardan haberdar olmasa bile, satıcı sorumluluktan kurtulur²¹.

IV. İSPAT YÜKÜ

TKHK m. 10 hükmü, ayıplı maldan sorumluluk bakımından ispat kuralları getirmekte ve önemli bir yenilik olarak da , tüketici için belirli süre içinde ayıp ihbarında bulunma külfetini ortadan kaldırmaktadır. Nitekim, 4077 sayılı eTKHK m. 4/II’de öngörülen, malın tesliminden itibaren işlemeye başlayan 30 günlük süre içinde ayıbı satıcıya bildirme külfeti yeni yasada yer almamıştır. Dolayısıyla artık tüketici, ayıplı mal ifası durumunda süreye bağlı bir muayene (gözden geçirme) ve ihbar (bildirim) külfeti olmaksızın zamanaşımı süresi içinde seçimlik haklarını kullanabilecektir²². Tüke-

¹⁹ Atamer/Baş, s. 25.

²⁰ Gümüş’e göre “... reklamlarla yapılan açıklamanın düzeltilmesinde değişen reklamın türü, yayınlandığı ortam ve yayınlanma sıklığı bakımından değiştirilen reklamlarla eşdeğerde olması gerekir. Örneğin, ulusal kanallara verilen televizyon reklamındaki yanlış açıklama, yine ulusal kanallara verilen -yerel kanallara verilenler yeterli değildir- televizyon reklamı ile düzeltilmelidir; bkz. Gümüş, s. 95.

²¹ Atamer/Baş, s. 25.

²² Bu değişikliğin nedeni gerekçede ayrıntılı şekilde ifade edilmektedir : “Ayıplı malda tüketicinin seçimlik haklarından faydalanabilmesi için ayıbı belirli bir süre içinde ihbar etmesi yükümlülüğü kaldırılmıştır. AB Yönergesinin mecburi unsurları arasında yer almayan ihbar yükümlülüğü bugün örneğin Avusturya, Almanya, Çek Cumhuriyeti, Fransa, İngiltere, İrlanda, Letonya, Lüksemburg ve Yunanistan’da düzenlenmemiştir. Nitekim tüketicinin seçimlik haklarından birini kullandığı yönünde satıcıya her halükarda bildirimde bulunması gereğinin olması, bunun öncesinde ayrıca bir de ayıbı ihbar etmesi zorunluluğunu anlamsız kılmaktadır. Özellikle ayıbın hangi anda tespit edildiği genelde tartışmalı olacağından, bu tespit anından itibaren işleyecek bir ayıbı ihbar süresinin de ne zaman sona erdiği uygulamada sorun oluşturmaktadır. Tüketici iki yıllık zamanaşımı süresi içinde ayıbı tespit ettiği sürece seçimlik haklarını da kullanabilecektir. Ayıbın çok erken bir safhada tespit edilmiş olmasına rağmen tüketicinin uzun bir süre seçimlik haklarını kullanmamış olması, duruma göre Türk Medenî Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde bir hakkın kötüye kullanılması itirazı ile karşılaşabilecektir. Tüketicinin ihbar için öngörülen süre içinde ayrıca hangi seçimlik hakkını kullandığını bildirme yükümlülüğü bugün de yoktur. Dolayısıyla ihbar yükümlülüğünün tüketiciyi, seçimlik YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ticinin, bu şekilde doğrudan dava açma hakkına sahip olması, önemli bir gelişmedir.

TKHK m. 10/I, c. 1’de, “Teslim tarihinden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların, teslim tarihinde var olduğu kabul edilir” şeklinde getirilen düzenleme ile ayıbın varlığının ispatına yönelik yasal bir karineye yer verilmiştir. Buna göre, malın tüketiciye tesliminden itibaren altı ay içerisinde ortaya çıkan ayıp, teslim tarihinde var sayılmaktadır. TKHK m. 10/I, c.2 gereği, “Bu durumda malın ayıplı olmadığına ispatı satıcıya aittir”. Ayıp, teslimden altı ay sonra ortaya çıkmışsa, teslim sırasında ayıbın varlığını ispat, tüketiciye ait olacaktır. Böylece kanun koyucu, özellikle ayıp nedeniyle malın telef olduğu durumlarda tüketiciyi zor bir ispat külfetinden kurtarmak istemiştir²³.

TKHK m. 10/I, c. 3’e göre, “Bu karine, malın veya ayıbın niteliği ile bağdaşmıyor ise uygulanmaz”²⁴. Dolayısıyla hakim kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde, ayıbın ve malın niteliğine göre, teslimden itibaren altı ay içinde ayıbın teslim anında mevcut olduğunu ispat yükünün, tüketiciye ait olacağına karar verebilecektir.

haklarını kullanmak konusunda çabuk hareket etmeye zorlayacağı yönündeki bir argüman bugün için de yerinde değildir”.

²³ Bu husus, hükmün gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir : “Bu maddede ispat yüküne ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Birinci fıkrada yapılan düzenleme ile, 1999/44 sayılı AB Yönergesinin 5 inci maddesinin üçüncü paragrafına uygun olarak, tüketici lehine getirilmiş olan bir ispat kolaylığı benimsenmiştir. Buna göre teslimden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim anında var olduğu kabul edilir. Sözleşmeye aykırı bir malın ifa edilip edilmediği teslim anına göre saptandığından, tüketicinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi, ayıbın o anda var olduğunu, malın açık veya gizli bir ayıbı o anda taşıdığını ispat etmesine bağlıdır. Fakat özellikle malın bu ayıp nedeniyle telef olduğu hallerde, ispatın getirilmesi güçtür. Dolayısıyla Kanun, ilk altı ay için ispat yüküne yer değiştirmiştir”.

²⁴ Hükmün gerekçesine göre, “Bir malın altı ay boyunca sorunsuz çalışması, hayatın olağan akışına uygun olarak kabul edilmişse bu süre içinde mal yine de bozulmuşsa, kaynağında yani teslim anında var olan bir ayıbın yattığı sonucuna varılmıştır. Kuşkusuz satıcının bunun aksini ispat etmesi imkânı her zaman vardır. Diğer yandan, bazı mallar açısından tüketiciye bu tür bir ispat kolaylığı getirilmesinin satıcıyı mağdur edebilmesi söz konusudur. Örneğin doğası gereği çabuk bozulan, çürüyen veya yok olan mallar açısından bu tür bir karinenin kabulü, malın niteliği ile bağdaşmaz. Koltuk takımlarında sigara yanıkları gibi, ayıbın, tüketicinin kullanım hatasına dayanmasının çok daha muhtemel olduğu hallerde de, satıcının ispat yükü altında olması doğru olmaz. Bu açıdan hâkimin, ayıbın ve malın niteliğini takdir ederek, ayıbın teslim anında var olduğu konusundaki ispat yükünün yine tüketicide olduğuna karar vermesi mümkündür”.

TKHK m. 10/II gereği, tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğunu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiğini ispat yükü, satıcıya aittir. Nitekim adı geçen hükme göre, “Tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte ayıptan haberdar olduğu veya haberdar olmasının kendisinden beklendiği hâllerde, sözleşmeye aykırılık söz konusu olmaz. Bunların dışındaki ayıplara karşı tüketicinin seçimlik hakları saklıdır”. Bu düzenleme, TBK m. 222 hükmüne benzer bir çözümü öngörmektedir²⁵. TKHK m. 10/II’de sözü edilen, “tüketicinin haberdar olduğu ayıplar”, TBK m.222/I’deki “alıcının bildiği ayıpları”, “tüketicinin haberdar olmasının kendisinden beklendiği ayıplar” ise, TBK m. 222/II anlamında “aşıkâr ayıpları” ifade eder²⁶. Ancak, TBK m. 222/II’de, aşıkâr

²⁵ Gümüş, TKHK m. 10/II hükmünün yeterliliği konusundaki görüşlerini ifade ederken, kanun koyucunun TBK m. 222/II hükmünde, eBK m. 197’de olduğu gibi, “olağan inceleme (dikkat gösterme)” kavramı yerine, hatalı bir şekilde TBK m. 223’de muayene anlamında kullanılan “gözden kaçırma kavramını” kullandığını, bu kavramın yeni kanun döneminde de muayene olarak değil, “olağan inceleme” olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Zira, alıcının muayene külfeti (TBK m. 223), satış sözleşmesinin kurulması ile değil, satılanın alıcıya teslimi ile doğar. Sonuçta, satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğu için mevcut ayıbın aşıkâr bir ayıp olmaması da gerekir. Aşıkâr ayıp, alıcının satış sözleşmesi kurulurken satılanın olağan bir dikkat ile incelemesi halinde farkedebileceği ayıpları ifade etmektedir; bkz. Gümüş, s. 98-99.

²⁶ Nitekim, gerekçede bu husus şu şekilde ifade edilmektedir: “İkinci fıkrada, tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihte kendisine bildirilen ayıptan haberdar olduğu veya makul olarak haberdar olmasının kendisinden beklendiği hallerde, sözleşmeye aykırılığın söz konusu olmayacağı düzenlenmiştir. Tüketicinin sadece haberdar olduğu ayıplar değil, haberdar olmamasının mümkün olmadığı ayıplar da sözleşmeye aykırılık oluşturmaz. Ancak, tüketicinin haberdar olmadığı ayıplar için bu maddede yer alan hakları saklıdır. Örneğin üzerinde çizik olduğu bilinerek ve etiketinde de açıkça belirtilerek satışa sunulan bir buzdolabının motorunun arızalanması durumunda, söz konusu arıza için tüketicinin dört seçimlik haktan faydalanma imkânı vardır. Ayrıca, ikinci el satımlarda veya defolu malların satımında da bu tür durumlar ile karşılaşılabilir. Bu hallerde zaten tarafların, malın sahip olması gereken özelliklere ilişkin olarak farklı bir sözleşmesel düzenleme yaptıkları kabul edilecek, dolayısıyla da malın ayıplı olduğundan bahsedilemeyecektir. İkinci el bir arabanın yeni bir araba ile aynı özelliklere sahip olamayacağı açıktır. Sözleşmenin kurulması aşamasında son derece aşıkâr olan ve herhangi bir muayene yapmadan hemen göze batan bir ayıbın varlığı halinde, daha sonra bundan haberdar olunmadığı ileri sürülemeyecektir. Ancak, dikkat edilmesi gereken bir nokta, tüketicinin haberdar olduğu ayıplardan farklı bir ayıbın daha sonra ortaya çıkmış olması halinde, satıcı, üretici ve ithalatçının bunlara ilişkin sorumluluklarının her halükarda var olacağıdır. Örneğin satın alınan ikinci el arabanın lastiklerinin aşınmış olduğu tüketicinin bilmesi gereken bir olgudur, dolayısıyla daha sonra bu konuda bir ayıp iddiasında bulunamaz. Buna karşılık

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ayıplarda satıcının ayıbın var olmadığı yönündeki özel nitelik vaadinin varlığı halinde sorumlu olacağına ilişkin düzenlemenin, tüketiciyi genel hükümlere nazaran daha iyi korunması beklenen TKHK m. 10/II'de yer almaması önemli bir eksikliklerdir. Doktrinde haklı olarak savunulduğu gibi bu durumda, TBK m. 222/II hükmü, TKHK bakımından da uygulanmalıdır²⁷. Tüketicinin haberdar olduğu ayıptan farklı bir ayıbın, sonradan ortaya çıkması halinde ise, satıcının sorumluluğu devam eder. Örneğin, satın alınan ikinci el bir çamaşır makinasının ön kısmında yer alan yıkama talimatlarına ilişkin yazıların okunamaz hale gelmesi, tüketici tarafından bilinmesi gereken bir durum olup, tüketici bu hususta ayıp iddiasında bulunamaz. Ancak, çamaşır makinasının yıkama esnasında yumuşatıcı deterjanı almaması, makinanın ikinci el olması ile ilgisi olmayan, tüketicinin objektif olarak maldan beklediği niteliği azaltan bir ayıptır.

Mal sağlamanın eser sözleşmesine dayandığı hallerde de, TKHK m. 10/II hükmü uygulanır. TKHK m. 10/II düzenlemesinin, sadece satış sözleşmesi üzerinden kaleme alınmış olması eleştirilmesi gereken bir husustur. Mal sağlamanın eser sözleşmesine dayandığı durumlarda, artık aşikar ayıbın varlığı eser, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olmadığı için, teslimin gerçekleştiği an itibarıyla aranması gerekmektedir²⁸.

TKHK m. 10/IV'e göre, " Satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, üretici, ithalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgiyi içeren bir etiket konulur. Bu etiketin tüketiciye verilmesi veya ayıba ilişkin açıklayıcı bilginin tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde açıkça gösterilmesi zorunludur. Teknik düzenlemesine uygun olmayan ürünler ise hiçbir şekilde piyasaya arz edilemez. Bu ürünlere, Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümleri uygulanır".

arabının hava yastığının açılmaması, fren sistemi, motor, vites kutusu arızaları gibi arızalar arabının ikinci el olması ile alakalı bir sorun değildir. Bu hallerde yine bir ayıbın varlığı kabul edilecektir. İkinci el bir arabının objektif olarak sahip olması gereken bütün özellikleri taşıması gerektiği açıktır".

²⁷ Gümüş, s. 100.

²⁸ Gümüş, s. 101.

TKHK m. 10/III’de ise öncelikle, ayıplı malların tüketiciye satılmak üzere sunulmasının şartları düzenlenmiştir²⁹. Bu düzenleme çerçevesinde, satış yapılan mağazada defolu malların bulunduğu bölüme konulan genel bir “defolu ürün vb.” ibaresi yeterli olmayıp, her bir ayıplı mal üzerine ya da ambalajına ayıplı olduğu ve ayıbın türüne ve nerede olduğuna ilişkin açıklayıcı bir etiket konulması zorunludur. Ayrıca, satış işlemi tamamlandıktan sonra satıcı, mal veya ambalajı üzerinde açıklayıcı bilgileri içeren etiketi ya tüketiciye verecek ya da etiketi kendisi muhafaza ederek, ayıba ilişkin açıklayıcı bilgiyi tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde açıkça gösterecektir.

Hükmün ikinci kısmında ise, teknik düzenlemesine uygun olmayan ürünlerin hiçbir şekilde piyasaya arz edilemeyeceği ve bu ürünlere, Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ve ilgili diğer mevzuat hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Böylece kanun koyucu gerekçe de de belirtildiği üzere, güvensiz ürünlerin etiketle dahi satışa sunulmasını yasaklamış ve güvensiz ürün söz konusu olduğunda Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanunun hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir.

²⁹ Hükmün gerekçesine göre, “Üçüncü fıkrada yapılan düzenleme ile satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, üretici, ithalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde malın ayıbına ilişkin açıklayıcı bilgiyi içeren bir etiket konulması zorunlu tutulmuştur. Teşhir ürünü olmaları sebebiyle bir takım ayıp oluşan mallar da benzer şekilde bu durumunun belirtilmesi gerekmektedir. Bu etiketin tüketiciye verilmesi veya ayıba ilişkin açıklayıcı bilginin tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde açıkça gösterilmesi zorunludur. Böylelikle, sözleşmenin akdi anında tüketicinin maldaki ayıptan haberdar olması sağlanmış olacaktır ve tüketicinin, sözleşmenin akdi anında malın ayıbından haberdar olduğu haller için bir sözleşmeye aykırılık söz konusu olmayacaktır”. Gümüş, mevcut düzenlemenin internet, televizyon vs. ye dayalı mesafeli sözleşmelerde uygulanamayacağını ileri sürmektedir; bkz. Gümüş, s. 102. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

V. TÜKETİCİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

TKHK m. 11 hükmü, satıcının tüketiciye karşı ayıplı ifadan³⁰ doğan sorumluluğu çerçevesinde tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakları, bu seçimlik hakların kullanılmasına ilişkin sınırlamaları düzenlemektedir. Madenin lafzı, tüketicinin sayılan seçimlik haklara sadece satış sözleşmesi niteliğindeki tüketici sözleşmelerinde sahip olacağı şeklinde ise de, ayıplı mal sağlamanın örneğin, eser sözleşmesi ile gerçekleştiği, eser sözleşmesi niteliğindeki tüketici sözleşmeleri için de tüketici seçimlik haklarını kullanabilecektir³¹.

Tüketicinin seçimlik haklar yanındaki tazminat talepleri ise, tüketici sözleşmesinin türüne göre TBK'daki tazminat hükümlerine göre gerçekleşecektir. Nitekim bu husus, TKHK m. 11/VI'da şu şekilde ifade edilmiştir: "Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanır. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir". Dolayısıyla, tüketicinin tazminat talebi, tüketici sözleşmesi bir satış sözleşmesi ise, dönme hakkı ile birlikte istenecek tazminat için TBK m. 229/I, b. 3 ve II'ye ve diğer seçimlik haklarla birlikte istenecek tazminat için TBK m. 227/II (ve dolayısıyla TBK m. 112)'ye, tüketici sözleşmesi bir eser sözleşmesi ise, TBK m. 475/II'ye dayanır³².

³⁰ Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, özellikle konut ve taşınmaz satımında, satım sözleşmesinin konusuna dahil olan, ortak yerlerdeki sosyal tesislerin bulunmamasının ayıplı ifa mı yoksa, eksik ifa mı olduğu görüşü tartışılmaktadır. Yargıtay kararlarında, gittikçe daha fazla taraftar bulan görüş, bu durumun eksik ifa olduğu şeklindedir. Doktrinde savunulan diğer görüş ise, bunun ayıplı ifa olduğu yönündedir. Eksik ifa görüşü kabul edildiğinde, ayıba karşı tekeffül hükümleri değil, genel borca aykırılık hükümleri uygulanacağından, kısmi ifa imkansızlığı ya da kısmi borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulacaktır. Doktrinde Öz, sözkonusu durumun ayıplı ifa hali olduğunu belirterek, burada sözleşmeye konu malın vasfına ilişkin taahhüde aykırılık şeklinde, bir ayıp bulunduğunu kabul etmekte ve tek taraflı taahhüden doğan bir borcun varlığını ileri sürmektedir. Yazar, taahhüt edilen tesislerin yapılmamasını ayıplı ifa saymanın, tüketiciye çok daha zengin hak seçenekleri sunacağını ifade etmektedir; bkz. Öz, Turgut: "Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Satımında Ayıplı İfa – Eksik İfa Ayırımı", 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ses Çözümleri ve Makaleleri, "Tüketici Hukuku Açıklamaları", İstanbul 2013, s. 205 vd.

³¹ Gümüş, s. 104.

³² Gümüş, s. 104.

Ayıplı ifa halinde, tüketicinin sahip olduğu seçimlik hakları kullanması satıcının kusuruna bağlı olmayıp, satıcı seçimlik hakkını kullanan tüketiciye karşı, malın ayıbına ilişkin bir kusurunun olmadığını ileri süremez.

TKHK m. 11’de, satıcının tüketicinin tercih ettiği talebi yerine getirmekle yükümlü olduğu belirtilmiş ancak, bu seçimlik haklardan hangisinin daha önce kullanılacağına ilişkin bir sıralama yapılmamıştır³³. Bu durumda, TKHK m. 83 hükmü gereği, BK. m. 227, 228 ve 230’da öngörülen sınırların tüketici satımları açısından uygulanıp uygulanmayacağı, seçimlik haklar ele alınırken incelenecektir.

TKHK m. 16/VI³⁴, c. 1’de yer alan “Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanır.” ifadesi bakımından şunlar söylenebilir³⁵: Tüketici dönme ve bedel indirimi seçimlik hakkını kullanırsa, bu seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan “masraf” şeklindeki zarar kalemleri (nakil, posta, iletişim, işçilik ve malzeme masrafları), diğer zarar kalemleri ile birlikte sadece satıcıdan talep edilebilir. Buna karşılık, ücretsiz onarım ve ücretsiz ayıbıyla değiştirme seçimlik hakları bakımından “masraf” şeklinde ortaya çıkan zarar kalemleri, satıcı, üretici veya ithalatçıdan sadece fiilen seçimlik hakkın kullanılması ile doğan borcu (onarım ya da değiştirme borcunu) ifa edenden talep edilebilir. Masraf kalemi dışındaki diğer

³³ Avrupa Birliği Tüketici Hakları Yönergesi m. 3’de, tüketici tarafından öncelikle kullanılması gereken haklar olarak, onarım ve yenisiyle değiştirme hakları olduğu belirtilerek, bu hakların satıcı tarafından gereği gibi yerine getirilmediği durumlarda tüketicinin, dönme veya bedelin indirilmesi haklarını kullanabileceği ifade edilmiştir; bkz. Atamer/Baş, s. 36-37.

³⁴ TKHK m. 16/VI hükmünün gerekçesinde, “Altıncı fıkra, seçimlik hakların kullanılması sebebiyle ortaya çıkan tüm masrafların, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça (satıcı, üretici veya ithalatçı) karşılanmasını öngörmektedir. Örneğin, nakliye, posta veya iletişim masrafları gibi. Tüketici seçimlik haklarını kullanma sebebiyle hiçbir masrafa katlanmak zorunda bırakılmamalıdır. Ayrıca, ayıplı mal bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olabilir. Dolayısıyla, tüketicinin dört seçimlik hakkının yanı sıra Türk Borçlar Kanunu hükümlerine kıyasen tazminat talep etmesi imkânı da mevcuttur. Ancak bunun için, sözleşmeye aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararın ispat edilmesi gerekir.” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade tarzı, kanun koyucunun ayıplı ifaya ilişkin düzenleme ile, kusursuz sorumluluğa dayalı bir ürün sorumluluğu getirmek istediği şeklinde yorumlanabilir; bkz. Gümüş, s. 113.

³⁵ Gümüş, s. 105.

zararlardan satıcı, üretici veya ithalatçı müteselsilen sorumlu kalmaya devam eder.

Yeni TKHK’da, gerek mal gerekse de hizmet sağlamaya yönelik ayıplı ifa hükümlerinde, 4077 sayılı eTKHK m. 4/II’de düzenlenen “Tüketici, malın teslimi tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ayıplı satıcıya bildirmekle yükümlüdür. Tüketici bu durumda, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi veya ayıp oranında bedel indirimi ya da ücretsiz onarım isteme haklarına sahiptir. Satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir.” şeklindeki hükme benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, yTKHK’da ürün sorumluluğuna ilişkin yasal bir dayanak mevcut olmadığından, ürün sorumluluğuna ilişkin yasal dayanağı TBK m. 66/III hükmüne dayandırmak mümkündür³⁶. Adı geçen hükme göre, “Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep oluna zararı gidermekle yükümlüdür”.

Belirtmek gerekir ki, üreticinin sorumluluğunun yeri Borçlar Kanunu olup, üreticinin sorumluluğu bir haksız fiil sorumluluğudur. Zira, sadece satım sözleşmesinin tarafı olan tüketicinin değil; üçüncü kişilerin zararı halinde de üreticinin sorumluluğu nedeniyle tazminat talep edilebilmelidir. Nitekim, imalatçının sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler, Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanun Taslağı’nda yer almakta ve taslak, üretici-

³⁶ Gümüş, s. 108. Yazara göre, “Söz konusu hüküm, İsviçre Hukuku’nda Ürün Sorumluluğuna Hakkında Federal Kanun’un yürürlüğe girmedeği dönemde İsviçre Federal Mahkemesi’nin ürün sorumluluğuna (üreticinin sorumluluğuna) sonucu doğuran “menfez çerçevesi kararındaki” –BGE 110 II 466- gerekçeler üzerinden kaleme alınmış bir hükümdür. Dolayısıyla Türk Hukukunda ürün sorumluluğuna, TBK m. 66/III üzerinden yapılandırılmak zorunda olup, Bakanlık eTKHK’nın yürürlük döneminde Ayıplı Malın Neden Olduğuna Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik’le (RG 13.6.2003 T., S. 25137) yetkisiz olarak yasa ile düzenlenmesi gereken ürün sorumluluğuna ilişkin ayrıntılı sorumluluk şartları getirirse de; yTKHK’un yürürlüğü döneminde, yönetmelik ile ürün sorumluluğuna ilişkin düzenleme yapmak için yasal bir dayanak dahi bulunmamaktadır”.;bkz. Gümüş, s. 108-109.

nin sorumluluğu açısından kusursuz haksız fiil sorumluluğu öngörmektedir.

TKHK m. 11/I'de dört bend halinde, malın ayıplı olması halinde tüketicinin sahip olduğu, yenilik doğuran hak³⁷ niteliğindeki seçimlik hakları aşağıda izah edilecektir.

1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme Yasal düzenlemede sadece “dönme” hakkından bahsedilse de, tüketiciye mal sunumunun sürekli borç ilişkisi niteliği taşıdığı durumlarda örneğin, kira sözleşmesi bakımından dönme hakkı yerine “fesih hakkının” varlığı söz konusu olur. Tüketici tarafından dönme hakkının kullanılması, kural olarak şekle bağlı değildir.

TKHK m. 11/I, a hükmü, TBK m. 227/I, b.1'e paralel şekilde tüketicinin, satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme” ifadesini kullanmış olsa da, tüketicinin dönme hakkını kullanırken, mutlaka satılanı geri vermeye hazır olduğunu satıcıya bildirmesi şart değildir. Sözleşme konusunun satıcıya geri verilmesi, dönme hakkının kullanılmasının bir sonucu olup, maddenin “sözleşmeden dönme ve sözleşme konusunu satıcıya geri verme” şeklinde kaleme alınması daha isabetli olurdu³⁸.

³⁷Gümüş, s. 109; Yavuz, Cevdet/ Acar, Faruk/ Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 10, İstanbul 2014; Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, B. 3, İstanbul 2010, s. 98. Y. 13. HD. 05.06.2008 T., E. 1735, K. 7867 (www.hukukturk.com). Atamer/Baş, sözleşmeden dönme ve bedelin indirilmesi haklarının yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunu belirtirken, onarım ve yenisi ile değiştirme taleplerinin, tüketicinin ifa menfaatine ulaşmasını sağlayan, sözleşmenin aynen ifasına hizmet eden talepler olarak nitelendirmektedir; Bkz. Atamer/Baş, s. 35; Atamer, Yeşim: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 363, dn. 434.

³⁸ Gümüş, s. 111. Yazar, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanırken, mutlaka satılanı iade etmek istediğini satıcıya bildirmesi yönünde ortaya çıkan anlamın, eBK m. 202/II'nin “dilerse satılanı redde hazır olduğunu beyanla satımın feshedilmesi” şeklindeki ifadenin TBK m. 227/I, b. 1'e ve yTKHK m. 11/I, a'ya aynen taşınmasından kaynaklandığını belirterek, eBK m. 202/II'nin mehzazını oluşturan İBK m. 205/I'de, alıcının bir seçimlik hak olarak, “dönüştürme davası ile satışı bozma/kaldırma hakkından bahsettiğini ileri sürmektedir; bkz. Gümüş, s. 111.

Dönme hakkının kullanılması ile taraflar için doğan tasfiye ilişkisinin³⁹ satım sözleşmesi açısından doğan sonuçlarını, TKHK m. 83 hükmü bağlamında şu şekilde özetlemek mümkündür⁴⁰:

Tüketici, dönme hakkını kullandığında, teslim aldığı ayıplı malı satıcıya geri vermekle yükümlü olup, ayrıca satılardan elde ettiği yararları da satıcıya iade etmek zorundadır; elde etmeyi ihmal ettiği yararları geri verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Tüketici, satış bedeli faiziyle birlikte iade edilinceye kadar satılan üzerinde kişisel hapis hakkına –genel alıkoyma hakkına- sahiptir.

Satıcı ise, alıcıdan aldığı satış bedelini, faiziyle⁴¹ birlikte tüketiciye geri vermekle yükümlüdür (TBK m. 229/I, b.1). Satılanın tamamen zaptında olduğu gibi, yargılama giderleri ile satılan için yaptığı giderlerin tüketiciye ödenmesi gerekir. Ayrıca satıcı, ayıplı mal teslim etmesi sebebiyle alıcının uğradığı doğrudan zarardan, kusuru olmasa bile sorumlu iken (TBK m. 229/I, b. 3), alıcının uğradığı diğer zararlardan yani, dolaylı zararlardan kusuru varsa sorumlu olacaktır (TBK m. 229/II). Dönme hakkının kullanılması halinde, tüketicinin malı kullanmış olması sebebiyle satıcının, bir indirim talep edebilmesi mümkün değildir.

TKHK m. 11/V'e göre, "Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden yapılan indirim tutarı derhâl tüketiciye iade edilir". Bu düzenleme, tüketicinin dönme üzerine ödediği bedelin, tüketiciye derhal iadesini öngörürken, bu yükümlülüğün ihlali idari para cezası gibi bir cezai yaptırıma bağlanmamıştır. Gümüş, bu düzenlemenin bir "yasal temerrüt kuralı" olarak okunması gerektiğini belirterek, dönme ile birlikte

³⁹ Öğretide, sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçlarını açıklayan ve genel kabul gören görüş, yeni dönme görüşü (dönüşüm teorisi) olup bu görüş, dönme ile satış sözleşmesinin ortadan kalkmayarak bir tasfiye ilişkisine dönüşeceğini ve satıcının satılanın iadesini, bu akdi iade talebine dayalı olarak isteyebileceğini savunmaktadır. Yargıtay ise kararlarında, yasal borç ilişkisi teorisini benimsemiş gözükmektedir. Bu görüş, dönmeye birlikte borç ilişkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını, taraflar arasında tasfiyeye yönelik kanundan doğan bir borç ilişkisinin meydana geldiğini benimsemektedir.

⁴⁰ Gümüş, s. 111-112.

⁴¹ Gümüş, buradaki faizin yasal anapara faizi olduğunu vurgularken bkz. Gümüş, s. 112, dn. 124, Atamer/Baş, satıcı tacir olduğu için , ticari faiz oranının esas alınacağını belirterek, burada bir temerrüt faizinin varlığını kabul etmektedir; bkz. Atamer/Baş, s. 48.

satıcının iade borcunun ifası bakımından temerrüde düştüğünün kabul edilmesi gerektiğini haklı olarak savunmaktadır⁴².

TKHK m. 11'de, tüketicinin dönme hakkını sınırlayan bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, TBK m. 227 b. 4'ün dönme hakkının sınırlandırılması ilişkin düzenlemesi uygulama alanı bulabilir⁴³. Dolayısıyla, dönme hakkını ancak, önemli ayıplarla sınırlı olarak kabul etmek yerinde olur.

TKHK m. 11/II, c. 1 hükmünün zıt anlamından anlaşıldığı üzere, tüketici dönme hakkını sadece satıcıya karşı kullanabilir; üretici ve ithalatçıya karşı kullanamaz. Tasfiye sonucu doğan borçlardan üretici ve ithalatçının, satıcı ile müteselsilen dahi olsa bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu husus, TKHK m. 11/II'nin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir: "Sözleşmeye aykırılıktan, sözleşme tarafı olarak öncelikle satıcının sorumlu olması esastır. Ancak, tüketici satıcının ortadan kaybolduğu durumlar da dâhil olmak üzere, ayıpsız misli ile değiştirme veya ücretsiz onarım haklarını üreticiye veya ithalatçıya karşı da kullanabilir. Üretici veya ithalatçı ile tüketici arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Tüketici, üreticiye veya ithalatçıya karşı bir ödeme yapmadığı için sözleşmeden dönme hakkını kullanarak, satıcıya ödemiş olduğu parayı üretici veya ithalatçıdan geri alması veya bedel indirimi hakkını kullanması mümkün değildir. Tüketici bu haklarını ancak satıcıya karşı kullanabilir. Buna karşılık ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirmenin üreticiden veya ithalatçıdan istenmesi anlamlıdır. Zira elinde yeni mal bulunan veya o malı gereği gibi onaracak olan üretici veya ithalatçıdır. Dolayısıyla bu hallerde, sözleşmelerin nisbiliği ilkesini aşarak tüketicinin doğrudan üreticiye veya ithalatçıya gidebilmesi kabul edilmiştir".

2. Satılan alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme

TKHK m. 11/I, b hükmü, tüketicinin ikinci seçimlik hakkı olarak, satılan alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme hakkını düzenlemiştir. Daha önce ifade edildiği üzere, bu hüküm satış sözleşmesi dışında

⁴² Gümüş, s. 112.

⁴³ TBK m. 227 b. 4 hükmüne göre hakim, dönme hakkının kullanılması halinde "durum bunu haklı göstermiyorsa satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir". Bu hüküm, doktrinde çok eleştirilen bir hüküm olup, hakimin sözleşme tarafı gibi bir seçimlik hakkı kullanmasının, sözleşme özgürlüğü ve irade serbestisi ilkesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmektedir; bkz. Atamer/Baş, s. 46.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

mal sağlamaya yönelik tüm tüketici sözleşmelerinde uygulama alanı bulur. Tüketici, bu hakkı kullandığında sözleşmeyi sona erdirmeksizin satış bedelinde ayıpla orantılı bir indirim sağlar. Tüketici bu hakkını, bedeli ödemenin önce veya sonra kullanabilir. Bedel indirim talebi üzerine satıcı, ödenen bedelden indirilen tutarı tüketiciye iade etme borcu altına girer.

TKHK m. 11/I, b'nin "ayıp oranında" ifadesi, indirilecek bedeli hesaplamada nispi metodun uygulanmasını benimsemiştir. Buna göre :

$$\frac{\text{ayıpsız malın objektif değeri}}{\text{ayıplı malın objektif değeri}} = \frac{\text{kararlaştırılan bedel}}{\text{ödenecek bedel}}$$

Adı geçen hüküm, emredici nitelik taşıdığından tarafların anlaşarak, "satılanın ayıpsız objektif değeri ile satılanın ayıplı durumu arasındaki farkı" esas alan mutlak metodun, bedel indirim tutarının hesabında kabul edilmesi mümkün değildir⁴⁴. Özellikle, önemli olmayan ayıplar ve tüketicinin kendisinin kolaylıkla kendisinin giderebileceği ayıplar bakımından, nispi metodun benimsenmesi yerinde olmuştur. Bu metod, satımının ucuz veya pahalı olmasını indirecek miktara da yansıtması yani, satımın sağladığı karı göz önünde tutması bakımından en adil metodtur⁴⁵.

TKHK m. 11/V'e göre, "Tüketicinin sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim hakkını seçtiği durumlarda, ödemiş olduğu bedelin tümü veya bedelden yapılan indirim tutarı derhâl tüketiciye iade edilir". Bu düzenleme, tüketicinin bedel indirimi talebi üzerine yapılan indirim tutarının tüketiciye derhal ödeneceğini öngörürken, bu yükümlülüğün ihlali idari para cezası gibi bir cezai yaptırıma bağlanmamıştır. Gümüş, bu düzenlemenin bir "yasal temerrüt kuralı" olarak okunması gerektiğini belirterek, bedel indirimi hakkının kullanılmasıyla birlikte satıcının iade borcunun ifası bakımından temerrüde düştüğünün kabul edilmesi gerektiğini haklı olarak savunmaktadır⁴⁶. Tüketicinin, bedel indirimi seçimlik hakkı ile birlikte tazminat talebi ise, TBK m. 112'ye dayanır.

TKHK m. 11/II, c. 1 hükmünün zıt anlamından anlaşıldığı üzere, tüketici bedel indirimi hakkını sadece satıcıya karşı kullanabilir; üretici ve ithalatçıya karşı kullanamaz. İade borcundan üretici ve ithalatçının, satıcı

⁴⁴ Gümüş, s. 114.

⁴⁵ Tandoğan, H. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 2008, s. 197.

⁴⁶ Gümüş, s. 114.

ile müteselsilen dahi olsa bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu husus, TKHK m. 11/II'nin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir: "... Tüketici, üreticiye veya ithalatçıya karşı bir ödeme yapmadığı için sözleşmeden dönme hakkını kullanarak, satıcıya ödemiş olduğu parayı üretici veya ithalatçıdan geri alması veya bedel indirimi hakkını kullanması mümkün değildir".

3. Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme

TKHK m. 11/I, c'de öngörülen bu seçimlik hak, TBK m. 227/I, b. 3'e benzer şekilde kaleme alınmıştır. Hükümde, "satılan" ifadesi kullanılsa da, satış sözleşmesi dışında mal sağlama amaçlı diğer tüketici sözleşmelerinde de bu hak kullanılabilir.

TKHK m. 11/I, c hükmünde bir açıklık olmasa dahi, ücretsiz onarım hakkının kullanılabilmesi için bu onarımın teknik ve fiziksel olanaklar dahilinde objektif olarak mümkün olması ve onarımın işlem hayatında hakim dürüstlük kurallarına göre beklenebilir olması gerekmektedir. Bu sonuç, 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi m. 3'de, ücretsiz onarımın imkansız veya orantısız olduğu durumlarda talep edilemeyeceği şeklinde ifade edilmiştir.

TKHK m. 11/I, c hükmü, ayıbın giderilmesinin aşırı bir masrafı gerektirmemesini öngörmektedir. Özellikle, ayıplı malın sözleşmeye uygun hale getirilmesi için yapılması gereken masrafların örneğin, malın nakil, işgücü ve materyal masraflarının satıcı tarafından ücretsiz karşılanması gerekmektedir⁴⁷. Aşırı masrafın varlığı, beklenebilirliği ortadan kaldıran yani, orantısızlık oluşturan hallerden birisi olup, dürüstlük kuralına göre, aşırı masraf gerekme dahi ayıbı gidermenin satıcıdan beklenebilir olmadığı diğer hallerde de tüketici, satıcıdan ayıbın giderilmesini isteyememeli.

Aslında, "orantılık" ölçüdü, ayıplı hizmetlere ilişkin olarak, TKHK m. 13'de yer almaktadır. Adı geçen hükme göre, "Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesinin satıcı için orantısız güçlükleri beraberinde getirecek olması hâlinde tüketici, sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim haklarından birini kullanabilir. Orantısızlığın tayininde malın ayıpsız değeri, ayıbın önemi ve diğer seçimlik haklara

⁴⁷ Atamer/Baş, s. 41.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

başvurmanın tüketici açısından sorun teşkil edip etmeyeceği gibi hususlar dikkate alınır”. Bu düzenleme, 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi’nin 3. maddesinden alınmıştır. Bu düzenlemeye göre, ücretsiz onarım aşırı bir masraf gerektirmese dahi, sayıcı için başka orantısız güçlükler neden olması halinde tüketici, ücretsiz onarım hakkını kullanamaz; sadece sözleşmeden dönme veya ayıp oranında bedelden indirim seçimlik haklarından birisini kullanabilir⁴⁸.

TKHK m. 11/I, son cümlede, “satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür.” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla kanunun koyucu Direktif’in 3. maddesinden farklı olarak, imkansızlık veya orantısızlık halinde tüketicinin, kendisine tanınan dört seçimlik haktan istediğini kullanabileceğini kabul etmektedir⁴⁹.

Hükümün gerekçesi, onarımın objektif olarak imkan dahilinde olması gerektiğini belirtirken, somut örnekler ile hükme açıklık getirmeye çalışmaktadır : “Üçüncü fıkrada yapılan düzenleme ile ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarının kullanılmayacağı durumlar belirlenmiştir. Her ne kadar tüketici seçimlik haklarından birini kullanmakta serbestse de özellikle ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme haklarının kullanılması bazı hallerde satıcıyı zor durumda bırakabilir. Buna göre onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme imkânsız ise bu taleplerin ileri sürülmesi mümkün olmayacaktır. İmkânsız olmasa bile, ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme satıcı açısından orantısız güçlükleri beraberinde getirecek ise tüketici yine bu haklarını kullanamaz. İmkânsızlığın tespiti kolaydır. Örneğin malın misliyle değiştirilmesi hakkının kullanılması durumunda istenen malın ayıpsız mislini tedarik etmek mümkün değilse bu hak istenemez. Tamir edilmesi objektif açıdan imkânsız olan bir mal için de bu talep kabul edilemez. Buna karşılık satıcı için “orantısız güçlükleri” beraberinde getirecek olmanın ne anlama geldiğini tayin etmek daha zordur. Bu konuda 1999/44 sayılı AB Yönergesi Kanuna da aynen aktarılmış olan üç kriter belirtmiştir. Bunlar; malın ayıpsız değeri, ayıbın

⁴⁸ Atamer/Baş, Yönerge’nin dönme ve bedel indirimi seçimlik hakları ile diğer seçimlik hakları arasında kurduğu birincilik- ikincilik ilişkisini sadece dönme hakkı bakımından kurmakta ve Yönerge’ye dayalı ilke kıyası ile “önemli ayıplarda” ancak dönme hakkının kullanılabileceğini belirtmektedir; bkz. Atamer/Baş, s. 47.

⁴⁹ Gümüş, s. 116. Ancak, yazara göre, TKHK m. 83 uyarınca, TBK m. 227/IV hükmü, satış sözleşmesi niteliğindeki mal sağlamaya yönelik tüketici sözleşmelerinde uygulama alanı bulur.

önemi ve diğer seçimlik haklara başvurmanın tüketici açısından sorun doğurup doğurmayacağı gibi unsurlardır. Örneğin malın tamir edilmesi, ayıpsız mislinin verilmesi ile mukayese edildiğinde çok daha masraflı olacaksa tüketicinin tamirde ısrarcı olması kabul edilmeyecektir. Satın alınan bir vidanın dişlerinde bozukluk varsa vidanın tamiri yerine ayıpsız misli ile değiştirilmesi daha uygundur. Buna karşılık satın alınan bir çamaşır makinesinin bir vidasının bozulması halinde, başka bir çamaşır makinesi talep edilmesi orantısızlık savunması ile karşılaşır. Bu hallerde vidanın değiştirilmesi uygun olan çözümdür”.

Nitekim Yargıtay bir kararında⁵⁰, tüketicinin satın aldığı araçta bulunan yol bilgisayarının Türkçe menü içermemesi nedeniyle tüketicinin, araçtan beklediği faydanın azaldığını belirtmiş ancak, tüketicinin aracın yenisi ile değişimi veya araç için ödediği bedelin iadesi talebini, taraflar arasındaki hak ve menfaat dengesini bozan ve TMK m. 2’ye aykırılık teşkil eden bir durum olarak nitelendirerek tüketicinin, diğer seçimlik hakları kullanması gerektiğine hükmetmiştir.

TKHK m. 11/II, c. 1 ve 2’de, “Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi hakları üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabilir. Bu fıkradaki hakların yerine getirilmesi konusunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur. Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz.” şeklindeki düzenleme çerçevesinde tüketici, ücretsiz onarım talebini satıcı, üretici veya ithalatçının tümüne veya herhangi birine karşı kullanabilir ve bu talepten doğan borcun ifası konusunda satıcı, üretici veya ithalatçı müteselsilen sorumludur. Bir başka deyişle, ücretsiz onarım borcunun ifasından bu seçimlik hak kendisine karşı kullanılmayan diğer sorumlular, yasal borca katılma çerçevesinde tüketiciye karşı müteselsilen sorumlu olacaklardır⁵¹.

TKHK m. 11/II, c. 3’de, “Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz.” hükmü getirildiğinden, malların hammaddelerini ya da ara mallarını üretenler, TKHK m. 3/I, n’ye göre “üretici”, malların hammaddelerini ya da ara malklarını ithal edenler, TKHK m. 3/I, e’ye göre

⁵⁰ Y. 13. HD., 13.09.2011 T., E. 2011/1892, K. 2011/13831 (www.legalbank.net); aynı yönde bkz. Y. 13. HD. 20.01.2014 T., E. 2013/21305, K. 2014/1268.

⁵¹ Gümüş, s. 117.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

“ithalatçı” sıfatını haiz olsalar da, TKHK m. 11/II, c. 1-2 gereği tüketiciye karşı satıcının yanında müteselsilen sorumlu olmazlar. Zira bu kişilerin, TKHK m. 11/II, c. 3 anlamında malın kendileri tarafından piyasaya sürülmesi mümkün değildir⁵². Ayrıca hükmün lafzı, satıcının nitelik vaadine dayalı sorumluluğundan dolayı üretici ve ithalatçının müteselsilen sorumlu olmayacağını belirtir⁵³.

TKHK m. 11/IV’e göre, “Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur. Ancak, bu Kanunun 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içinde yerine getirilir. Aksi hâlde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir”. Hükümde sözü edilen “yönelme” ifadesi, onarım isteme seçimlik hakkının kullanılmasına ilişkin yenilik doğuran işlem niteliğindeki tek taraflı irade beyanının, “gönderme” anı olarak değil, “varma” anı olarak anlaşılmalıdır⁵⁴. Hükümde, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içinde gerçekleşmezse, tüketicinin diğer seçimlik haklarını, kalan zamanaşımı süresi içinde (yasal zamanaşımı süresini aşan bir garanti süresi yoksa) kullanabileceği belirtilmiştir. Kanun koyucunun bu hususa ilişkin olarak, 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi’nin, “makul bir süre” yi esas alan ölçütünden uzaklaştığını belirtmek gerekir. Ancak hakimin, somut ihtilafın özelliğine göre makul sürenin ne anlama geldiğini takdir etmesi gerekecektir.

TKHK m. 56/III’e göre, “Tüketici bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen seçimlik haklarından onarım hakkını kullanmışsa, malın garanti süresi içinde tekrar arızalanması veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hâllerinde 11 inci maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Satıcı tüketicinin talebini reddedemez. Bu talebin yerine getirilmemesi durumunda satıcı, üretici ve ithalatçı müteselsilen sorumludur”. Kanun koyucu bu hüküm ile, “zorunlu garanti” kurumuna yer vermiştir. Gümüş, bu şekilde kanun

⁵² Gümüş, s. 117.

⁵³ Gümüş, s. 118; Atamer/Baş, s. 54.

⁵⁴ Gümüş, s. 118.

koyucunun üretici ve ithalatçı için tüketici ile bir garanti sözleşmesi akdetme yükümlülüğü öngörmesini eleştirmekte ve kanun koyucunun satış sözleşmesinin bir parçası olan yasal tekeffül sorumluluğu ile satış sözleşmesinden bağımsız akdi garanti sorumluluğu kavramlarını karıştırdığını ifade etmekte⁵⁵ ve hükmün şu şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir⁵⁶: Tüketici yasal tekeffül sorumluluğu dışında zorunlu garanti taahhüdü çerçevesinde üretici veya ithalatçıdan aynı tazminat olarak onarım istemişse ve bu talep hiç ve yasal süresi içinde yerine getirilmemişse veya onarılan arıza tekrarlanmışsa, tüketici yasal tekeffül sorumluluğu çerçevesinde, “satıcı” ya karşı sahip olduğu seçimlik hakları kullanır. Seçimlik hakkın satıcıya karşı kullanılmasından doğan borçtan üretici ve ithalatçı, ancak satıcı tarafından yerine getirilmezse sorumlu olur. TKHK m. 56 anlamında üretici ve ithalatçı, TKHK m. 11/II, c. 3’e göre, üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulamayacağından, malların hammaddelerini ya da ara mallarını üretenler, TKHK m. 3/I,n’ye göre “üretici”, malların hammaddelerini ya da ara mallarını ithal edenler, TKHK m. 3/I, e’ye göre “ithalatçı” sıfatını haiz olsalar da, TKHK m. 56 kapsamında tüketiciye karşı sorumlu olmazlar⁵⁷.

4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme

TKHK m. 11/I, ç hükmü değiştirme isteme hakkını “misli” kavramının ortaya koyduğu gibi tür borcu üzerinden tanımlamıştır. Oysa, 1999/44 sayılı Avrupa Birliği Yönergesi m. 3/III’de mevcut seçimlik hak, “malın

⁵⁵ “Yasal tekeffül sorumluluğu tüketiciye bir kısım seçimlik haklar ve bunlara bağlı tazminat alacağı sağlarken; akdedilmiş sözleşmeye (garanti belgesine) dayalı garanti sorumluluğu tüketici için malın onarımı ve değişimine dayalı “ayın” olarak ifade edilen bir tazminat alacağı öngörür. Bu nedenle, yTKHK m. 56/3’de ayıplı ifadan doğan seçimlik hak olarak onarım hakkından bahsetmesi uygunsuzdur.”; bkz. Gümüş, s. 119.

⁵⁶ Gümüş, s. 119.

⁵⁷ Gümüş, TKHK m. 56/III hükmünün, TKHK m. 11 ile organik bağlantı içinde okunması durumunda, şu sonuca varılacağını ifade etmektedir : “Tüketici onarım seçimlik hakkını – satıcı, üretici veya ithalatçıya karşı- kullanırsa ve yasada sayılan sebeplerle arıza giderilmezse, tüketici diğer seçimlik haklardan istediğini sadece “satıcıya” karşı kullanabilir. Seçimlik hakkın kullanılmasından doğan borçlar, satıcı tarafından yerine getirilmizse, üretici veya ithalatçı da sorumlu olur. Bu yorum halinde hükmün, garanti taahhüdüne dayalı sorumlulukla hiçbir bağlantısı kalmamakta ve-gereksiz bir ikinci yasal tekeffül sorumluluğu ortaya çıkmaktadır.”, Gümüş, s. 120; bkz. ve krşz. Atamer/Baş, s. 55 vd. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

sorunsuz diğeri ile değiştirilmesi” denilmek surtiyle, hem parça hem de tür borcu için kullanılabilir şekilde tanımlanmıştır. TBK m. 227/I, b. 4’de de, “imkan varsa” parça satışında da alıcının, ayıplı satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini talep edebileceğine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. TKHK nun tüketiciyi koruma amacı göz önünde tutularak söz konusu seçimlik hakkın, parça borcu için de kullanılabilirliğini kabul etmek gerekir⁵⁸.

Hakim doktrin, ayıplı ifa durumunda ücretsiz ayıpsızıyla değiştirme talebini aynen ifa talebinin devamı niteliğinde bir alacak hakkı olarak nitelendirmektedir⁵⁹. Ancak, biz burada da söz konusu seçimlik hakkın, yenilik doğuran hak niteliğinde olduğunu kabul ediyoruz.

Ücretsiz ayıpsızıyla değiştirme hakkı, mal sağlamanın eser sözleşmesiyle gerçekleştiği sözleşmelerde mümkün olduğundan, TKHK m. 11/IV hükmü gereği eserin otuz iş günü içerisinde yeniden meydana getirilip teslimi mümkün olmalıdır. Aksi halde, tüketici diğer seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Ücretsiz ayıpsızıyla değiştirme hakkının kullanılabilmesi için bu hakkın kullanılması imkansız olmamalı ve TKHK m. 11/III’de vurgulandığı gibi satıcı için bir orantısızlığa neden olmamalı, satıcının malı değiştirmesi beklenebilir olmalıdır. Nitekim Yargıtay, ayıp nedeniyle değiştirilmesi talep edilen aracın modeline uygun bir aracın, satıcının elinde bulunmaması halinde, İİK m.24 hükmü gereği, aracın ilamdaki değerinin, değer yazılı değilse veya ihtilafli ise, rayiç değerinin esas alınabileceği görüşünü savunmuştur⁶⁰.

TBK m. 227/III’e göre, “Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.” Bu düzenleme, kıyasen mal sağlama amaçlı tüketici sözleşmelerinde de uygulanmalıdır.

⁵⁸ Hükmün lafzı ile okunması halinde, “özellikle eser sözleşmesinin ve kira sözleşmesinin konusunu her halde parça borcu oluşturacağından, bu tür tüketici sözleşmesinde ayıpsızıyla değiştirilmesini isteme hakkını kullanamayacaktır.”, Gümüş, s. 121.

⁵⁹ Bkz. Atamer, Yeşim : “Tüketici Satım Sözleşmesine İlişkin TKHK m. 4,- Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri Batıder, Y. 2007, C. XXIV, S. 1, s. 81-106; s. 89 dn. 16 da belirtilen yazarlar.

dn. 16.

⁶⁰ YHGK 20.03.2013 T, E. 2012/12-807, K. 2013/390 (www.legalbank.net).

TKHK m. 11/II düzenlemesi gereği, tüketici sahip olduğu ücretsiz ayıpsızıyla değiştirme veya onarım haklarından birisini, satıcı, üretici ve ithalatçıdan herhangi birine karşı kullanabilir. Nitekim, TKHK m. 14 hükmü de bu sonucu doğrulamaktadır. Seçimlik hak kendisine karşı kullanılmayan diğer sorumlular, yasal borca katılma çerçevesinde müteselsilen sorumlu olurlar.

TKHK m. 11/II, c. 3’de, “Üretici veya ithalatçı, malın kendisi tarafından piyasaya sürülmesinden sonra ayıbın doğduğunu ispat ettiği takdirde sorumlu tutulmaz.” hükmü getirildiğinden, malların hammaddelerini ya da ara mallarını üretenler, TKHK m. 3/I,n’ye göre “üretici”, malların hammaddelerini ya da ara malklarını ithal edenler, TKHK m. 3/I, e’ye göre “ithalatçı” sıfatını haiz olsalar da, TKHK m. 11/II, c. 1-2 gereği tüketiciye karşı satıcının yanında müteselsilen sorumlu olmazlar. Zira bu kişilerin, TKHK m. 11/II, c. 3 anlamında malın kendileri tarafından piyasaya sürülmesi mümkün değildir⁶¹. Ayrıca hükmün lafzı, satıcının nitelik vaadine dayalı sorumluluğundan dolayı üretici ve ithalatçının müteselsilen sorumlu olmayacağını belirtmektedir⁶².

TKHK m. 11/IV’e göre, “Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur. Ancak, bu Kanununun 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içinde yerine getirilir. Aksi hâlde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir”. Hükümde sözü edilen “yönelme” ifadesi, tüketicinin ücretsiz ayıpsızıyla değiştirme hakkını kullanmasına ilişkin yenilik doğuran işlem niteliğindeki tek taraflı irade beyanının, “gönderme” anı olarak değil, “varma” anı olarak anlaşılmalıdır. Hükümde, TKHK’un 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin olarak, tüketicin tüketicinin ücretsiz ayıpsızıyla değiştirilmesi talebi, yönetmelikte belirlenen süre içinde gerçekleşmezse, tüketicinin diğer seçimlik haklarını, kalan zamanaşımı süresi içinde -yasal zamanaşımı süresini aşan bir garanti süresi yoksa- kullanabileceği belirtilmiştir.

⁶¹ Gümüş, s. 117.

⁶² Gümüş, s. 118; Atamer/Baş, s. 54.

Tüketici, ayıplı malın ayıpsızıyla değiştirilmesi seçimlik hakkını kullandığında, mal nedeniyle ortaya çıkmayan değer kayıplarını (örneğin, değiştirilmesi istenen otomobilin ayıbın etkisi olmaksızın gerçekleşen kaza nedeniyle değer kaybına uğraması) satıcıya ödemek zorundadır⁶³. Ancak Yargıtay, kullanım nedeniyle ortaya çıkan değer kaybı nedeniyle satıcı lehine yararlanma bedeli ve eskime tazminatı alacağına imkan tanımamaktadır⁶⁴.

VI. ZAMANAŞIMI

TKHK m. 12/I ayıplı ifa durumunda, malın tesliminden⁶⁵ itibaren başlayan iki yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür : “Kanunlarda veya taraflar arasındaki sözleşmede daha uzun bir süre belirlenmediği takdirde, ayıplı maldan sorumluluk, ayıp daha sonra ortaya çıkmış olsa bile, malın tüketiciye teslim tarihinden itibaren iki yıllık zamanaşımına tabidir”. Hükmün ifadesinden açıkça anlaşıldığı üzere, iki yıllık zamanaşımı süresinin uzatılabilmesi mümkün olmakla birlikte (bu uzatma genellikle satıcının bir garanti taahhüdü ile gerçekleşmektedir), uzatma süresi genel zamanaşımı süresi olan on yılı geçemez. Satıcı, garanti taahhüdü niteliğinde verdiği garanti belgesinde, genel zamanaşımı süresini aşan bir taahhütte bulunduğu, satıcının taahhüt ettiği sürenin sonuna kadar sorumluluğu deva eder. Ancak, bu garanti taahhüdünün ayıplı mal hükümlerinden doğan taleplere ilişkin zamanaşımını uzatma etkisi, on yıl ile sınırlıdır.

TKHK tüketici için ihbar külfetini ortadan kaldırdığından, yasada öngörülen iki yıllık zamanaşımı süresinin, aynı zamanda ayıp ihbarında bulunma külfetinin üst sınırını oluşturma işlevi söz konusu değildir.

TKHK m. 12/I, c. 2’de, bu sürenin konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda taşınmazın teslim tarihinden itibaren beş yıl olduğu ifade edilmiştir. Bu zamanaşımı süresinin de, on yıla kadar uzatılabilmesi mümkündür.

TKHK m. 12/II’ye göre, “ Bu Kanunun 10 uncu maddesinin üçüncü fıkrası saklı olmak üzere ikinci el satışlarda satıcının ayıplı maldan sorumluluğu bir yıldan, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallarda ise üç yıldan

⁶³ Gümüş, s. 124; Y. 13. HD. 20.1.2011 T., E. 2010/8728, K. 2011/485 (Gümüş, s. 124, dn. 135).

⁶⁴ Bkz. YHGK, 18.9.2006 T., E. 2006/6251, K. 2006/11865 (www.kazanci.com).

⁶⁵ Tüketici, zilyedliğin havalesi yoluyla zilyedliği elde etse bile, dolaysız zilyedliği elde etmeden (teslim gerçekleşmeden) iki yıllık zamanaşımı süresi işlemeyecektir.

az olamaz”. Hükümün düzenleniş tarzından, söz konusu zamanaşımı sürelerinin tarafların anlaşmasıyla uzatılabileceği anlaşılmaktadır.

TKHK m. 12/III’de “Ayıp, ağır kusur ya da hile ile gizlenmişse zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.” düzenlemesi yer almaktadır. Örneğin, otomobil galerisinden satın alınan bir otomobilin, kilometresinin düşürülmesi veya pert olduğu halde bu hususun gizlenmesi durumunda hile ile gizlemenin varlığından söz edilir.

Hükümün lafzında “zamanaşımı hükümleri uygulanmaz ifadesinin, TBK m. 231/II’ye paralel şekilde, “on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır” şeklinde anlaşılması gerekir. Zira, lafzi yorum, zamanaşımı süresine tabi olmayan seçimlik haklar ve kullanılmalarına bağlı talep hakları yaratacaktır⁶⁶. Burada önemli olan husus, satıcının ağır kusurlu⁶⁷ olduğu her durumda üretici ve ithalatçıya yönelik talepler on yıllık zamanaşımına tabi olurken; satıcının kusurlu olmadığı durumda üretici veya ithalatçıya yönelik talepler için on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanmayacak oluşudur.

Genel olarak yargıtay uygulamasına bakıldığında yargıtayın, gizli ayıbın söz konusu olduğu her durumda hile ile gizleme vardır şeklinde kararlarına rastlamak mümkündür⁶⁸. Ancak, üretim hatasının var olduğu bir durumda, üreticinin bu hususu mutlaka bilmesi gerekmektedir. Bu durumda üretici bakımından, hile ile gizlemenin varlığından söz edilebilirse de, TKHK’un satıcıyı sorumlu tutan düzenlemesi karşısında, üretim hatasının

⁶⁶ Gümüş, “Üçüncü fıkrada yapılan düzenleme ile malın ayıbına karşı sorumlu tutulanların ayıbı tüketiciden ağır kusur ya da hile ile gizlemesi durumunda zamanaşımı süresinden faydalanamayacağı hüküm altına alınmıştır.” şeklindeki gerekçenin bir değeri bulunmadığını haklı olarak vurgulamaktadır; bkz. Gümüş, s. 128.

⁶⁷ Yargıtay, tüketicinin çalıntı aracının zaptı nedeniyle gizli ayıp iddiasıyla açtığı davada (Y. 13. HD. 8.2.2011 T., E. 2010/11455, K. 2011/1725, Kırmızı, Mustafa : Açıklamalı-İçtihatlı-Dilekçe Örneklî Tüketici Hukuku, B. 1, Ankara 2011, s. 131) ve satın alınan dairenin bulunduğu sitede reklamlarda vaad edilen siteye özel park ve spor kompleksinin gerçekte kamuya açık alan olması sebebiyle açılan davada (Y. 13. HD. 27.1.2011 T., E. 2010/11333, K. 2011/1991, Kırmızı, s. 130) ayıbın tüketiciden hile ve kusur ile gizlenmesine bağlı olarak on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanmasına karar vermiştir; ayrıca bkz. Y. 13. HD., 13.3.2014 T., E. 2013/4550, K. 2014/7237; Y. 4. HD., T. 23.3.2011, E. 2011/2068, K. 2011/3032 (www.legalbank.com).

⁶⁸ Yargıtay, üretim hatasının varlığının rahatlıkla tespit edilebilecek nitelikte olması gereken servisin, tüketiciyi sonuç alınmayan tamirlerle oyalaması ve arızanın belli periyotlarla tekrarlanmasını hile ve ağır kusur olarak nitelendirmektedir; bkz. YHGK, 18. 2.2004 T., E. 2004/4-29, K. 2004/83 (www.kazanci.com).

satıcı tarafından bilinmesinin zorunlu olduğunu savunmak son derece güçtür.

KAYNAKÇA

Aslan, İ. Yılmaz: Tüketici Hukuku Dersleri, B. 3, İstanbul 2010.

Atamer, Yeşim: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.

Atamer, Yeşim: “Tüketici Satım Sözleşmesine İlişkin TKHK m. 4.-Eleştiriler ve Revizyon Teklifleri BATİDER, Y. 2007, C. XXIV, S. 1, s. 81-106.

Atamer, M. Yeşim/Baş, Ece: “Avrupa Birliği Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk”, İBD Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı, C. 88, Özel Sayı 1, 2014.

Göle, Celal: Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlar, Ankara 1983.

Gümüş, Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I (Madde 1-46), İstanbul 2014.

Kırmızı, Mustafa: Açıklamalı-İçtihatlı-Dilekçe Örneklili Tüketici Hukuku, B. 1, Ankara 2011.

Öz, Turgut: “Konut ve Tatil Amaçlı Taşınmaz Satımında Ayıplı İfa – Eksik İfa Ayırımı”, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Ses Çözümleri ve Makaleleri, “Tüketici Hukuku Açıklamaları”, İstanbul 2013.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 2008.

Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 10, İstanbul 2014.

TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDAKİ KANUN ÇERÇEVESİNDE TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİ

(*INSTALLMENT SALES CONTRACTS UNDER THE TURKISH CODE OF CONSUMER
PROTECTION*)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Cem DİNAR*

ÖZET

Bu makalede taksitle satım sözleşmesi gerek 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde ele alınmıştır. Yeri geldikçe yürürlükten kalkan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ile 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun hükümlerine de değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici, tüketicinin korunması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu, taksitle satım, taksitle satış sözleşmesi.

ABSTRACT

In this article installment sales contracts are examined both under the Turkish Code of Consumer Protection (Act No. 6502) and the Turkish Code of Obligations (Act No. 6098). From time to time, relevant provisions of the previous Turkish Code of Consumer Protection (Act No. 4077) and the previous Turkish Code of Obligations (Act No. 818) are examined as well.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: cemdinar@mynet.com

Keywords: *Consumer, protection of consumers, Turkish Code of Consumer Protection, Turkish Code of Obligations, sale on installments, installment sales contract.*

GİRİŞ

Tebliğimizin konusu, “taksitle satış sözleşmesi”dir. Bu sebeple anılan sözleşme, gerek 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (TKHK), gerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) çerçevesinde ele alınacaktır. Yeri geldikçe yürürlükten kalkan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (eTKHK) ile eski Borçlar Kanunumuzdaki (eBK) hükümlere de değinilecektir.

Peki “tüketici” ne demek? 6502 sayılı TKHK’nun 3 (k) maddesinde tanımı verilmiştir. Buna göre, tüketici, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder. Aynı Kanunun 3 (l) maddesi ise tüketici işlemini, mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem olarak tanımlamıştır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, taksitle satış sözleşmesi hükümleri hem 6502 sayılı TKHK’da ki, bu Kanun özel kanun niteliğindedir; hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ki, bu Kanun genel kanun niteliğindedir, düzenlenmiştir.

Özel Kanun niteliğindeki TKHK’da düzenleme yapılmadığı durumlarla karşılaşıldığı zaman, anılan Kanun’un 83. Maddesinin yapmış olduğu atıf sebebiyle, genel hükümlerin uygulanacağı hükme bağlanmıştır¹.

İki Kanun arasında bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda acaba hangisine öncelik vermek yerinde olacaktır? Bu soruya yürürlükte olan bu iki Kanun açısından şu şekilde cevap vermek yerinde olacaktır. Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlük tarihi 1 Temmuz 2012’dir. 6502 sayılı TKHK’nun

¹ Aynı düzenleme yürürlükten kalkan 4077 sayılı TKHK. m. 30’da da yer almaktaydı.
YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

yürürlük tarihi ise 28 Mayıs 2014'dür. Özel Kanun, genel Kanun'dan sonra yürürlüğe girmiştir.

Genel Kanun'dan sonra yürürlüğe giren özel Kanun söz konusu olduğunda, kanun koyucunun iradesinin yeni özel kanunun uygulanması yönünde olduğu kabul edilir. Bu durumda, eski tarihli genel kanun, özel kanunda düzenleme bulunmayan hallerde uygulama alanı bulur². Başka bir anlatımla, özel kanun niteliğindeki 6502 sayılı TKHK, genel kanun niteliğindeki TBK'dan sonra yürürlüğe girdiği için taksitle satış sözleşmelerine TKHK öncelikle uygulanır. TKHK'da hüküm yoksa, TBK uygulanacaktır. Olayı somutlaştıracak olursak, TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde, TBK'nun "taksitle satış sözleşmesi" hükümleri uygulanacaktır.

TKHK'nun 2. maddesine göre ise, TKHK, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar. Anılan maddenin gerekçesinde, "... kamu tüzel kişileri dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişilerin, tüketicilerle sözleşme imzalanmadan önce, sözleşmenin kurulması sırasında ve sözleşme imzalandıktan sonra yaptıkları uygulamalar da Kanun kapsamında değerlendirilecektir" denilmektedir. Hemen belirtmeliyiz ki, söz konusu uygulamalar da TKHK. m. 5 uyarınca genel işlem koşulu denetimine tabidir.

TKHK'nun "kişi" bakımından uygulanma alanı ne şekilde tespit edilecektir? Tarafların kişisel özellikleri, statüleri³, sözleşme iradeleri ve sözleşme ile amaçlanan şey belirleyici nitelik taşıyacaktır⁴. Bu durumda, öncelikle sözleşmenin kurulma amacı ile tüketicinin kimliği belirlenir, bundan sonra somut olay göz önüne alınarak, mal veya hizmetin hangi amaç doğrultusunda edinilmek istendiği, diğer bir deyişle, hukuki işlemin temelinde yatan irade esas alınır⁵. Bunun sonucunda "tüketici" belirlenir. Tüke-

² **Oğuzman/ Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 21. Bası, İstanbul 2015, s. 82-83; **Dural/ Sarı**, Türk Özel Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2006, s. 92-93.

³ Yazar'ın "statüleri" ile ilgili düşüncesine katılmamaktayız.

⁴ **Ozanoğlu, H.**, "Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 665, dn. 6.

⁵ **Ozanoğlu, H.**, makale s. 671-672; **Yavuz, N.**, "Tüketiciyi Koruma Hakkındaki Kanuna Göre Tüketici Kavramı", Hukuk Dergisi, S. 109, 15 Şubat 2001, s. 2. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

tici sıfatının kazanılabilmesi için, sözleşmenin kurulduğu anda, ticari veya mesleki olmayan bir amaç doğrultusunda hareket edilmesi gerekir⁶. Başka bir ifadeyle, tüketici, sözleşme konusu mal veya hizmeti kendi ihtiyaçlarını gidermek için kullanır veya tüketir. Elde ettiği malı tekrar piyasaya sürmeyen, ondan kazanç sağlamayı planlamayan, malı veya hizmeti tamamen kendi ihtiyaçları için kullanan ve bu doğrultuda kullanan son kişidir⁷.

Türk Ticaret Kanununun (TTK.) 12. maddesine göre, bir işletmeyi kısmen de kendi adına işleten kişinin tacir olacağı belirtilmiştir. Yine aynı Kanunun “Ticari İş Karinesi” başlıklı 19. maddesine göre de, “bir tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Ancak gerçek kişi olan bir tacir, işlemi yaptığı anda bunun ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durum elverişli olmadığı takdirde borç adı sayılır. Taraflardan yalnız biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır”.

Söz konusu ticari iş karinesi uyarınca, bir tacirin tüm işlemleri, ticari niteliktedir. Ancak gerçek kişi tacir maddede belirtilen durumlarda ticari olmayan iş statüsünde değerlendirilebilecektir. Bu durumda gerçek kişi tacir de, tüketici olarak nitelendirilir⁸.

TKHK. m. 3 (1) ve (i) bentlerinde, “sağlayıcı” ve “satıcı” kavramları açıklanmıştır. Bu açıklamalar ışığında, satıcı ve sağlayıcının, ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında kazanç sağlamak amacıyla, sürekli olarak ilgili faaliyetleri yürüten ve tüketiciye bedel karşılığında sunan gerçek veya tüzel kişi olduğu ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık satışın geçici olarak birkaç kez yapılması halinde, satışı yapan kişi, TKHK uyarınca satıcı olarak adlandırılmaz⁹.

⁶ **Zevkliler/ Aydoğdu**, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Ankara 2013, s. 83.

⁷ **Zevkliler/ Aydoğdu**, s. 83; **Ozanoğlu, H.**, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999, s. 6; **Yavuz, N.**, makale s. 3.

⁸ Tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatına sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz. **Zevkliler/ Aydoğdu**, s. 81; **Yavuz, N.**, s. 5 ve 12; **Ozanoğlu, H.**, s. 7-8; **Ozanoğlu, H.**, makale s. 690. Yargıtay tüzel kişi tacirlerin tüketici sıfatı taşımalarının mümkün olmayacağı görüşündedir. Yarg. HGK'nun 21.9.2011 tarih ve 2011/ 19-500 E., 2011/ 550 K. Sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁹ **Zevkliler/ Aydoğdu**, s. 87; **İnceoğlu, M.**, “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 407-408.

Bu bağlamda, mal veya hizmetten yararlananın tüketici olduğu, satıcı veya sağlayıcının sürekli olarak ticari veya mesleki faaliyeti kapsamında kazanç sağlama amacıyla, mal veya hizmeti, bedel karşılığında tüketiciye teslim ettiği veya sunduğu taksitle satış sözleşmelerinde, 6502 sayılı TKHK uygulanacaktır¹⁰.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, taksitle satış sözleşmesi TBK. m. 253-263 arasında (toplam onbir madde olmak üzere) “Kısmi Ödemeli Satışlar” kenar başlığı altında düzenlenmiştir¹¹.

28 Mayıs 2014'de yürürlüğe giren 6502 Sayılı TKHK'da ise “taksitle satış sözleşmesi” ise m. 17-21 arasında (toplam beş madde halinde) düzenlenmiştir¹².

4077 sayılı Kanun ile 6502 sayılı Kanun arasında iki konuda farklılık göze çarpmaktadır. 6502 sayılı Kanun'da, “cayma hakkı” (m. 18) ve “diğer hususlar” (m. 21) konusunda düzenleme yapılmışken, 4077 Sayılı TKHK. m. 6/A'da her iki konuda da düzenleme bulunmamaktaydı.

§ I. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ ve KONUSU

1) Taksitle Satış Sözleşmesinin Tanımı

Taksitle satış sözleşmesi, gerek Türk Borçlar Kanunu (TBK), gerekse 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Taksitle satış sözleşmesi, TBK. m. 253/ f. 1'de “Taksitle satış, satıcının, satılan taşınırı alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim et-

¹⁰ Buna karşılık anılan Kanunun kapsamı dışında kalan taksitle satış sözleşmelerinde ise TBK uygulanacaktır. Bunlar, tarafların tacir olduğu veya ticari veya mesleki faaliyet kapsamında hareket etmekte olduğu satışlar; alıcının tüketici sıfatında olmasına rağmen, satıcının ticari veya mesleki faaliyet konusunun dışında hareket ettiği satışlar; alıcının tacir olması veya ticari veya mesleki faaliyet kapsamında hareket ederken, satıcının anılan kapsamlarda hareket etmediği satışlardır. **Ünlütepe, M.**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2014, S. 2, s. 318.

¹¹ Bu maddeler sırası ile taksitle satış sözleşmesinin “tanımı, şekli ve içeriği”, “yasal temsilcinin rızası”, “sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğruması ve geri alma açıklaması”, “tarafların hak ve borçları”, “alıcının temerrüdü”, “yetkili mahkeme ve tahkim” ve son olarak da “uygulama alanı”dır.

¹² Anılan sözleşme yürürlükten kalkan 4077 Sayılı TKHK. m. 6/A'da tek bir madde halinde düzenlenmiştir.

meyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satışır” şeklinde tanımlanmıştır.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanununun 17. maddesinin 1. fıkrasında ise, “Taksitle satış sözleşmesi, satıcı veya sağlayıcının malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, tüketicinin de bedeli kısım kısım ödediği sözleşmelerdir” şeklinde hüküm altına alınmıştır^{13, 14}.

Her iki Kanundaki tanımlar göz önüne alındığında “tanım” konusunda paralellik olduğu görülmektedir. Dikkat edileceği üzere her iki Kanun’da¹⁵ da taksit miktarından söz edilmemektedir¹⁶. Buna karşılık “kısım kısım” ibareleriyle, ödemelerin birden fazla şekilde yapılması gerektiği sonucuna varmak yerinde olacaktır¹⁷. Kaldı ki, en az iki taksit miktarı da sözleşmenin doğası gereğidir¹⁸.

¹³ 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanununun 6/A maddesinin 1. fıkrasında ise, “Taksitle satış, satım bedelinin en az iki taksitle ödendiği ve malın veya hizmetin sözleşmenin düzenlendiği anda teslim veya ifa edildiği satım türüdür” şeklinde ifade edilmişti.

¹⁴ Buna karşılık doktrinde anılan sözleşme farklı şekilde tanımlanmıştır. Farklı tanımlar için bkz. **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 124; **Aral, F.**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2000, s. 186; **Tandoğan, H.**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/ 1, İstanbul 2008, s. 301; **Yavuz/ Acar/ Özen**, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 272; **Uygur, T.**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 2012, s. 1567; **Kostakoğlu, C.**, Gereççeli ve Açıklamalı Türk Yeni Borçlar Kanunu, İstanbul 2011, s. 348; **Gümüş, M. A.**, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 177; **Ozanoğlu, H.**, s. 43; **Demir, R.**, Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmeleri, Ankara 2013, s. 5-6; Alıcının satış bedelini, kısım kısım ödemeyi üstlendiği konusunda bkz. **Stauder, B.**, (Herausgeber: Honsell/ Vogt/ Wolfgang) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1 - 529), Basel und Frankfurt am Main, 1996, Art. 226 a, Nr. 1, 2.

¹⁵ Ancak hemen belirtmeliyiz ki, TBK. m. 253/ f. 3, malın satıcının ticari faaliyeti kapsamında satılması halinde, sözleşmede bazı hususların belirtilmesi gerektiği düzenlemiştir. Bu düzenlemenin 7. bendinde ise “peşinat ve taksitlerin tutarı ile vadesi ve ikiden az olmamak üzere taksit sayısı” şeklinde hüküm bulunmaktadır. Bu düzenlemede taksit sayısının miktarı “en az iki” olmak üzere belirtilmiştir. Her ne kadar adi satımda taksit miktarı düzenlenmemiş olsa da, ticari faaliyet kapsamında yapılan satışlarda “sayı” belirtilmektedir.

¹⁶ Buna karşılık 4077 Sayılı TKHK’da taksitle satış sözleşmesinde en az iki taksit miktarından söz edilmektedir.

¹⁷ Doktrinde “en az iki” taksit sayısı belirtilmediği için tanımın eksik olduğu yönünde görüşlere de rastlanılmaktadır. **Gümüş, M. A.**, s. 177.

¹⁸ Bununla birlikte sözleşmede en az iki taksit olmazsa, taksitle satış sözleşmesi olmaz, veresiye satış sözleşmesi söz konusu olur. Satış parasının malın teslim edilmesinden sonra

2) Taksitle Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Türk Borçlar Kanunumuz taksitle satış sözleşmesini, satım sözleşmesinin bir türü olarak düzenlenmiştir. Bu sözleşmeler tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğine sahiptir¹⁹. Bu çerçevede, satıcı veya sağlayıcı, sözleşmeye konu malın teslimini veya hizmetin ifasını üstlenirken; tüketici ise, sözleşme bedelini kararlaştırılan şekilde kısım kısım satıcı veya sağlayıcıya ödeme borcu altına girmektedir. Tarafların karşılıklı bu borçları, sinalagmayı sağlamaktadır.

Fakat taksitle satış sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır²⁰. Doktrindeki görüşe göre, taksitle satış sözleşmesi, veresiye satışın TBK'nın ifadesiyle²¹ kısmi ödemeli satışın bir türüdür²². Kanaatimizce taksitle satış sözleşmesi, veresiye (kredili) satışın bir türüdür.

3) Taksitle Satış Sözleşmesinin Konusu

a) Taşınır Mal ve Haklar

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 17. maddesinin 1. fıkrasında, “Taksitle satış sözleşmesi, satıcı veya sağlayıcının malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, ... sözleşmelerdir”. Anılan maddede satış sözleşmesinin “konusunun” ne olduğu açıkça belirtilmemektedir. Ancak bu durumda TKHK. m. 83'deki atıf gereğince, hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı hükme bağlandığından TBK. hükümleri devreye girecektir.

TBK. m. 253/ f. 1'de “Taksitle satış, satıcının, satılan **taşınırı** alıcıya satış bedelinin ödenmesinden önce teslim etmeyi, alıcının da satış bedelini kısım kısım ödemeyi üstlendikleri satışır” şeklinde tanımlanmıştır. Bu

ödenmesinin ön görülmüş olduğu satımın “veresiye” satım olduğu hususunda bkz. **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 112. Aynı şekilde Eğer taraflar satış bedelinin bölünmeden ilerideki bir tarihte ödenmesi hususunu kararlaştırmış olurlarsa, bu takdirde taksitle satıştan değil, veresiye satıştan söz etmek gerektiği hususunda **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 274.

¹⁹ **Stauder, B.**, Art. 226 a, N. 1; **Ozanoğlu, H.**, s. 45.

²⁰ Tartışmalar için bkz. **Ozanoğlu, H.**, s. 68-84.

²¹ TBK. m. 253'ün kenar başlığı “C. Kısmi Ödemeli Satışlar, I. Taksitle Satış, 1. Tanımı, Şekli ve İçeriği” şeklinde düzenlenmiştir.

²² **Tandoğan, H.**, s. 297; **Yavuz/ Acar, Özen**, s. 139; **Aral, F.**, s. 179; **Gümüş, M. A.**, s. 189. Veresiye satım, önce malın sonra paranın verildiği satımdır. **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s.124. Ozanoğlu ise, bu tür satış sözleşmesini yasal olarak düzenlenmiş bir kendisine özgü sözleşme olarak nitelendirmektedir. **Ozanoğlu, H.**, s. 84.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

durumda taksitle satış sözleşmesinin konusunu “taşınır eşya” oluşturmaktadır.

TBK. m. 209/ f. 1’de “Taşınır satışı, Türk Medeni Kanunu uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışıdır”. Bu durumda MK. m. 762 önem arz eder. Çünkü anılan maddede taşınır mülkiyetinin konusu açıkça düzenlenmektedir.

MK. m. 762’ye göre, taşınır mülkiyetinin konusu, nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçlerdir.

Gerek MK. m. 762, gerekse TBK. m. 209/ f. 1 birlikte değerlendirildiğinde, taşınmaz dışında kalan, nitelikleri itibariyle taşınabilen maddi şeyler ve üzerinde mülkiyet kurulmaya elverişli bulunan doğal güçlerin (elektrik, su, hava gazı gibi) satışı da taksitle satış sözleşmesine konu oluşturabilir.

Taşınır eşya ile amaçlanan, özüne zarar vermeden, nitelikleri gereğince kendi gücüyle veya (dışarıdan) başka bir güç sayesinde bir yerden başka bir yere hareket edebilen eşyadır²³.

Doğal güçler²⁴ açısından bakıldığında ise, Türk Borçlar Kanunu, sadece taşınır mülkiyetine tabi malların satışını değil, taşınmaz satışı dışındaki her türlü satışı taşınır satışı saymaktadır (TBK. m. 209/ f. 1). Bu durumda doğal güçleri, taşınır mülkiyetinin konusu saymadan da taşınır satışı hükümlerine bağlı tutmak mümkün sayılmalıdır.

Haklar açısından bakıldığında, bunların da taksitle satışa konu olmaları mümkündür²⁵. Doktrindeki bir görüşe²⁶ göre, alacak hakları, fikri ve

²³ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay – Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 8 ve 587; Akipek/ Akıntürk, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 32 ve 579; Sirmen, L., Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 13 ve 528. Ayrıca taşınır eşya konusunda geniş açıklama için bkz. Serozan, R., Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2007, s. 183 vd..

²⁴ Doğal güçler konusunda geniş açıklamalar için bkz. Meier/ Hayoz, Berner Kommentar, Band IV, Sachenrecht, Systematischer Teil, 4. Auflage, Bern 1966, N. 123; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay – Özdemir, s. 587-588; Akipek/ Akıntürk, s. 580-581; Sirmen, L., s. 529; Serozan, R., s. 249 vd..

²⁵ Ansay, T., Türk Borçlar Kanununa Göre Taksitle Satışlar ve Satıcı, Ankara 1954, s. 29-30; Yavuz/ Acar, Özen, s. 274; Ergüne, M. S., “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 520; Ozanoğlu, H., s. 61.

²⁶ Ansay, T., s. 30.

sınai haklar ile kıymetli evrak bakımından taksitle satış hükümleri uygulama alanı bulur²⁷.

6502 sayılı TKHK'nun 17. maddesine göre, hizmetin ifası da taksitle satışa konu olabilmektedir. Yine aynı Kanun'un 3 d maddesine göre, "hizmet, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, tüketicilerin mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu oluşturan "hizmet"lerde taksitle satış sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır.

Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu açısından doktrinde hizmetin taksitle satışa konu oluşturup oluşturmayacağı konusu tartışmalıdır. Her ne kadar "hizmet" ibaresine yer verilmemiş olsa da, TBK. m. 263/ f. 1 hükmünde²⁸ de belirtildiği üzere, aynı ekonomik amaçla yapılan işlemler hakkında da taksitle satış sözleşmelerinin uygulanabileceğini söylemek mümkündür. Bu sebeple eser, vekalet ve komisyon gibi iş görme edimlerinin taksitle satış sözleşmesine konu olabileceği kabul edilmektedir²⁹.

b) Taşınmazlar Açısından Durum

Taşınmazlar açısından ise konunun "tapuya kayıtlı taşınmazlar" ve "tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar" açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü her ne kadar tapuya kayıtlı taşınmazlar açısından bir tartışma olmasa da, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar açısından doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Öncelikle tapuya kayıtlı taşınmazlar açısından taksitle satış sözleşmesinin yapılamayacağı TBK. m. 209/ f. 1 gereğince hüküm altına alın-

²⁷ Buna karşılık doktrindeki bir başka görüşe göre ise, alacak hakkının, ekonomik değer, maddi olmayan malın taksitle satılması durumunda bir taşınırın satışının varlığından söz edilse bile, teknik anlamda bir taksitle satış sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Aynı şekilde maddi olmayan malların, marka, patent, endüstriyel tasarım vs. taksitle satışlarında, TBK. m. 253 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaz. **Gümüş, M. A.**, s. 177-178. Aynı yönde görüş için bkz. **Stauder, B.**, Art. 226 a, N. 6.

²⁸ Anılan maddenin gerekçesine bakıldığında, kira – satış vaadi, kira – alım ve kira – bağışlama şeklinde yapılan birleşik sözleşmelere de taksitle satış hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

²⁹ **Ergüne, M. S.**, s. 520; **Ünlütepe, M.**, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2011, s. 105 vd.; **Ünlütepe, M.**, makale s. 303. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

mıştır. Bu konuda doktrinde fikir birliği olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

Buna karşılık Yargıtay'ın³⁰, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların hukuki durumunu taşınır mülkiyeti olarak nitelendirmesi sonucunda, Türk doktrininde³¹ tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların da taksitle satış sözleşmesine konu oluşturabileceği yönünde görüşler vardır.

(Kendi gücü ile veya dışarıdan bir güç aracılığıyla) bir yerden başka bir yere taşınabilen eşya taşınır mal olarak (MK. m. 762 uyarınca) tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bir taşınmazın tapuya kayıtlı olup olmamasının, o taşınmazın niteliğini değiştirmeyeceği ortadadır. Bu durumda tapusuz bir taşınmazı bir yerden başka bir yere taşımak mümkün olamayacağı için, anılan taşınmazı, taşınır mal olarak nitelendirmemiz de mümkün olmayacaktır.

TBK., açıkça taksitle satış sözleşmesine taşınır malların konu olabileceğini, buna ilaveten MK. da taşınır mülkiyetinin konusunun neler olacağını açıkça hükme bağlamıştır. Dolayısıyla ister tapuya kayıtlı taşınmaz olsun, isterse tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz olsun, anılan mallar niteliği itibariyle taşınmazdırlar. O halde bir taşınmazın tapuya kayıtlı olup olmaması onun niteliğini değiştirmeyecektir. Bu sebeple TBK açısından kanaatimizce tapusuz taşınmazların taksitle satış sözleşmesine konu olabileceğini savunan doktrindeki görüşten ayrı olarak tapusuz taşınmazların taksitle satış sözleşmesine konu olamayacağını düşünmekteyiz.

Ancak her ne kadar TBK açısından bakıldığında, tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların da taksitle satış sözleşmesinin konusunu oluşturmadığını söylesek bile, konuyu bir de 6502 sayılı TKHK açısından ele almak gerekmektedir.

TKHK. m. 3/ b. h'de "mal" tanımı yapıldığını görmekteyiz. Bu ben-
de göre, "alışverişe konu olan; taşınır eşya, **konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar** ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazı-

³⁰ Yarg. HGK. 11.3.1964 tarih ve 1964/ 5-3 E, 1964/ 184 K. Sayılı kararı için bkz. **Karahasan, M. R.**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1, İstanbul 2002, s. 628. Yarg. 1. HD.'nin 3.7.1950 tarih ve 9921 E., 3148 K. Sayılı kararı için bkz. **Uygur, T.**, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C. 3, Ankara 1991, s. 928. Yarg. 17. HD.'nin 16.06.1999 tarih ve 1999/ 2495 E ve 1999/ 2701 K sayılı kararı için bkz. www.kazancı.com. Ayrıca **Tandoğan, H.**, s. 304, dn. 9'da anılan kararlar.

³¹ **Tandoğan, H.**, s. 303-304; **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 274; **Aral, F.**, s. 180. Aksi görüş için bkz. **Gümüş, M. A.**, s. 177.

lım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar” mal olarak nitelendirilmiştir.

Bu durumda TKHK'nun 17. maddesinin 1. fıkrasındaki “... satıcı veya sağlayıcının **malın** teslimi veya ...” şeklindeki düzenlemede yer alan “mal” kelimesi karşısında “konut veya tatil amaçlı taşınmaz malların” da taksitle satış sözleşmesinin konusunu oluşturacağını söylemek yerinde olacaktır³². Anılan düzenlemede tapuya kayıtlı – tapuya kayıtlı olmayan taşınmaz ayrımına girmeksizin sadece “konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar” denilmesi karşısında, TKHK çerçevesinde tüketicilerin akdetmiş oldukları taksitle satış sözleşmesinin konusunu (tapuya kayıtlı olsun olmasın) bütün konut veya tatil amaçlı taşınmazların oluşturacağını söylemek yerinde olacaktır.

Kanaatimizce, gerek Türk Borçlar Kanununa göre daha özel bir kanun olması ve gerekse yürürlüğe girişi itibariyle daha yeni olması sebebiyle 6502 sayılı TKHK'nun önceliği³³ olduğu düşüncesinden hareket edildiğinde, taksitle satış sözleşmelerinin konusunu “taşınır eşya” ve “konut veya tatil amaçlı taşınmazların”³⁴ oluşturacağını söylemek yerinde olacaktır.

TBK ile TKHK arasındaki bu farklılığın birbiriyle iletişim eksikliği bulunan kanun koyuculardan kaynaklandığını, bu farklılığın bir an önce giderilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Bunlara ilaveten TKHK. m. 3/ b. h uyarınca, “elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar” da taksitle satış sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır.

³² **Gümüş, M. A.**, s. 178; **Yılmaz, C., Yılmaz, C.**, “6098 Sayılı TBK Uyarınca Taksitle Satış Sözleşmesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi (TBK m. 253-262)”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011, s. 445, dn. 6. Aksi görüş için bkz. **Aral, F.**, s. 181.

³³ **Oğuzman/ Barlas**, s. 82-83; **Dural/ Sarı**, s. 92-93.

³⁴ 4077 sayılı TKHK'nun 3 c maddesinde de “mal” kavramı açıklanırken “konut veya tatil amaçlı taşınmazlar” ibaresi yer almaktaydı. Yargıtay bir Hukuk Genel Kurulu Kararında, konutun tamamlanmış olup olmamasının önem arz etmeyeceğine karar verip, “konutun” taksitle satışa konu olabileceğine hükmetmiştir. Yarg. HGK. 7.3.2007 tarih ve 2007/ 13-100 E., 2007/ 100 K. Sayılı kararı için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Ş II. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Gerek TBK, gerekse 6502 sayılı TKHK'daki düzenlemeler göz önüne alındığında, taksitle satış sözleşmesinin bazı unsurlarının olduğunu söylemek mümkündür. Bu unsurlar aşağıda açıklanacaktır.

1) Tüketicinin Satış Bedelini Kısım Kısım Ödemesi

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 17. maddesi doğrultusunda, taksitle satış sözleşmesinde, tarafların, satış bedelinin kısım kısım ödenmesini kararlaştırmaları gerekmektedir. Anılan Kanunda taksitlerin miktarları bakımından düzenleme bulunmadığı için taksit miktarlarının eşit olması da gerekmemektedir³⁵. Ayrıca, ödemeler arasındaki sürenin de aynı olması gerekmemektedir³⁶.

Ödemelerin kısım kısım yapılacağı hususu TBK'da da açıkça hüküm altına alınmıştır (m. 253/ f. 1). Buna karşılık taksitlerin miktarı ve eşit taksit miktarı olup olmayacağı hususunda TBK'da da düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Bununla birlikte TBK. m. 256/ f. 1'de "Alıcı, peşin satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak, satış bedelinin geri kalan kısmını da sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödemekle yükümlüdür". Bu maddeye göre taksitle satış sözleşmesinde alıcının peşinat ödeme borcu³⁷ ve tamamını ise sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ifa etme borcu bulunmaktadır.

Alıcının taksitle satış sözleşmesinde, "satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin ödeyeceğine" ve "satış bedelinin geri kalan kısmını üç yıl içinde ödemekle yükümlü olduğuna" ilişkin 6502 Sayılı TKHK'da hüküm bulunmamaktadır. Ancak 6502 Sayılı TKHK. m. 83'de, "TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı" hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla m. 83'deki atıf sebebiyle TBK. m. 256/ f. 1'de yer alan peşin ödeme konusunda "satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak" ve taksitlerin tamamını da "söz-

³⁵ Tandoğan, H., s. 302; Ozanoğlu, H., s. 57; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 273; Ergüne, M. S., s. 521; Ünlütepe, M., makale s. 308.

³⁶ TKHK'nun anılan maddesinin gerekçesinde, ödemenin hangi aralıklarla yapılacağına önemli olmadığı, ödemenin tüketici tarafından kısım kısım yapılması halinde taksitle satışın söz konusu olacağı belirtilmektedir.

³⁷ "Peşinat" kavramına yerine "ön ödeme" kavramı kullanması bakımından bkz. Yavuz, N., Açıklamalı – Yorumlu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler: Genel ve Özel Hükümler, Ankara 2012, s. 390.

leşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödemekle yükümlü” olduğu sonucuna varılabilir. Diğer bir deyişle, TBK. m. 256/ f. 1’in emredici olması nedeniyle, tüketici, taksitle satış sözleşmesi gerçekleştirdiğinde, malın kendisine teslimi anında satış bedelinin en az onda birini peşin ödemeli ve taksitlerin tamamını da en geç sözleşme kurulduğu andan itibaren üç yıl içinde bitirmelidir.

Bu durumda acaba TBK. m. 256/ f. 1, TKHK. m. 83’deki “atıf” sebebiyle uygulanırsa, bu durum tüketicinin aleyhine sonuçlar doğurmaya-
cak mıdır? TKHK’nun amacı tüketiciyi korumak olduğuna göre, tüketici lehine yorum yapılması gerektiği savunulabilir. Dolayısıyla TBK’da düzenlenen emredici nitelikteki bir hükmün tüketicinin aleyhine yorumlanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

Ancak biz yine de açık atıf sebebiyle, TBK. m. 256/ f. 1’in uygulanmasının daha doğru olacağını düşünmekteyiz. Diğer bir deyişle, tüketici konumundaki alıcı, malın teslimi anında satış bedelinin en az onda birini peşin olarak ve en son taksiti de, sözleşme kurulduğundan itibaren üç yıl içinde ödemiş olmalıdır.

2) Satıcı veya Sağlayıcının Malın Teslimini veya Hizmetin İfasını Üstlenmesi

TKHK’daki taksitle satış sözleşmesinin tanımından da anlaşılacağı üzere, söz konusu unsurlardan bir diğeri de, satıcı veya sağlayıcının malı teslim veya hizmeti ifa etmesidir. Dolayısıyla taksitle satış tanımı yapılırken malın tesliminin veya hizmetin ifasının ne zaman yapıldığının önemi yoktur. Ancak yine de taksitle satış sözleşmesinin ruhu göz önüne alındığında, peşin ödeme yapma gücü olmayan tüketicinin, bedelin tamamını ödemedenden önceki bir dönemde malı teslim veya hizmeti almış olması gerektiği sonucuna varmak mümkün olacaktır.

Buna karşılık TBK. m. 253/ f. 1 uyarınca, satıcının, satılan malın satış bedelinin tamamının ödenmesinden önce alıcıya teslim edilmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, satış bedelinin bir kısmının ödenmesinden önce satış konusu mal (veya hak) teslim edilmiş olmalıdır. Bu unsur peşin ödeme olanağı olmayan tüketicilere, kısım kısım ödeme yapmak suretiyle satılan maldan yararlanma imkanı vermiştir^{38, 39}.

³⁸ Taksitle satış sözleşmesinin ortaya çıkış nedeni, alınmak istenen malı peşin ödeme imkanına sahip olmayan kişilere, mal bedelini taksitler halinde ödemek suretiyle, satılan-
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

3) Tarafların Anlaşması

TKHK'nun 17. Maddesine göre, “taksitle satış sözleşmesi, satıcı veya sağlayıcının malın teslimi veya hizmetin ifasını üstlendiği, tüketicinin de bedeli kısmı kısmı ödediği sözleşmelerdir”. Bu durumda sözleşme niteliğine sahip olan taksitle satış sözleşmesi, TBK'daki genel düzenlemeleri aynen içermektedir.

Dolayısıyla TBK. m. 1'e göre sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olması gerekmektedir. Taksitle satış sözleşmesi, alıcının satış bedelini taksitler halinde ödeyeceği ve satıcının da satılan malı taksitlerin ödenmesinden önce teslim edeceği hususunda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamaları ve tarafların anlaşması ile gerçekleşir. Bu sebeple, tarafların sözleşme üzerinde anlaşmaları önem taşımaktadır.

Aynı şey TKHK açısından da geçerlidir. Diğer bir deyişle, tüketici, satıcı veya sağlayıcının malı teslim veya hizmeti ifa etmesi karşılığında, mal veya hizmetin bedelini taksitler halinde ödeyeceği, satıcı veya sağlayıcının da taksitler halinde ödenen bedele karşılık mal teslim edeceği veya hizmet ifa edeceği hususunda karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarında bulunmaları ile anılan sözleşme gerçekleşir.

Tüketicinin ödediği bedelin karşılığı (sinallagması), mal teslimi veya hizmet ifasıdır. Buna karşılık satıcı veya sağlayıcının mal teslimi veya hizmet ifasının karşılığı (sinallagması) ise, tüketicinin ödediği bedeldir.

Ş III. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

1) Genel Olarak

Gerek TBK. m. 253/ f. 2, gerekse 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 17. maddesinin 3. fıkrası, taksitle satış sözleşmesinin geçerliliği bakımından şekil şartı öngörmüştür. Anılan maddelere göre, taksitle satış sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekmektedir⁴⁰. Yine

dan derhal yararlanılması fırsatını vermektir. **Stauder**, Art. 226 a, N. 2. Benzer bir ifade için bkz. **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 124.

³⁹ Satış bedelinin tümünün satılanın tesliminden önce ödendiği durumlarda taksitle satış yoktur. **Tandoğan, H.**, s. 302; **Aral, F.**, s. 180; **Yılmaz, C.**, s. 446; **Ünlütepe, M.**, makale s. 310.

⁴⁰ Aynı şekilde gerek 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun 6/A maddesinin 2. fıkrası da geçerlilik için şekil şartı ön görmekteydi. Buna karşılık eBK'da taksitle satış sözleşmesinde yazılılık şartı aranmamaktaydı.

TKHK'nun 4. maddesinin 1. fıkrasına göre, “bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir ve bunların bir nüshası kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcı ile tüketiciye verilir. Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya bir kaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilir”.

Bunlara ek olarak 6502 Sayılı TKHK'nun 17. maddesinin 3. fıkrasında, taksitle satış sözleşmesinin geçerli bir sözleşme yapmamış olan satıcı ve sağlayıcının sonradan sözleşmenin bu geçersizliğini tüketici aleyhine ileri süremeyeceği hükme bağlanmıştır. TKHK aslında taksitle satış sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasını bir geçerlilik şartı olarak hükme bağlamıştır. Diğer bir deyişle, yazılı olarak kurulmayan taksitle satış sözleşmesi geçerli olmayacaktır.

Bununla birlikte aynı fıkranın ikinci cümlesinde bu düzenlemenin, satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketicinin aleyhine olabilecek şekilde kullanılabileceğine işaret edilip, bunun sonuçları da yine hüküm altına alınmıştır. Şöyle ki, satıcı veya sağlayıcı sözleşmeyi yazılı olarak kurmayıp, daha sonra tüketicinin aleyhine olabilecek şekilde sözleşmenin geçersizliği iddiasında bulunabilir.

Bu nedenle üçüncü fıkranın ikinci cümlesinde “geçerli bir sözleşme yapmamış olan satıcı veya sağlayıcının, daha sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremeyeceği” hüküm altına alınmıştır.

Hemen belirtmeliyiz ki, taksitle satış sözleşmesinin yazılı olarak düzenlenmesi işin doğası gereği, satıcı veya sağlayıcının yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmeyip, daha sonra sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülmesinin mümkün olmadığı hüküm altına alınmıştır.

Yazılı olarak yapılmayan taksitle satış sözleşmesinin sonradan tüketici aleyhine ileri sürülememesi, sözleşmenin yazılı olarak yapılmaya da geçerli olacağı anlamını taşımaktadır ki, bu da düzenlemenin yerinde olmadığını ortaya koymaktadır. Çünkü yazılı olarak yapılmayan sözleşmeler, tüketicinin lehine ileri sürmek zaten söz konusu olamayacağından söz konusu madde uygulama alanı da bulamayacaktır. Kaldı ki, MK. m. 2/ f. 2

düzenlemesi bu sonucu ortaya koymaktadır. Dolayısıyla böyle bir düzenlemenin yerinde olmadığını düşünmekteyiz.

4077 Sayılı TKHK. m. 6/A' da taksitle satış sözleşmesinde bulunması gereken asgari koşullar belirtilmişti. Ancak 6502 Sayılı TKHK'nda böyle geniş bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, taraflara, Türk Borçlar Kanunundaki emredici hükümlere aykırı olmamak şartıyla taksitle satış sözleşmesi akdetme serbestisi sağlanmıştır. Bu da Türk Borçlar Kanunundaki sözleşme serbestisine aykırı bir düzenleme teşkil etmemektedir.

TBK. m. 253/ f. 3, malın satıcının ticari faaliyeti kapsamında satılması halinde, sözleşmede bulunması gereken hususları düzenlemiştir. Söz konusu maddeye göre, taksitle satış sözleşmesi satıcının ticari faaliyeti kapsamında yapılırsa, aşağıda belirtilen hususların sözleşmede yer alması gerekmektedir.

- a. Tarafların adı ve yerleşim yeri
- b. Satışın konusu
- c. Satılanın peşin satış bedeli
- d. Taksitle ödeme sebebiyle belirtilecek ilave bedel
- e. Toplam satış bedeli
- f. Alıcının nakden ve aynen üstlendiği diğer bütün edimler
- g. Peşinat ve taksitlerin tutarı ile vadesi ve ikiden az olmamak üzere taksit sayısı
- h. Alıcının yedi gün içinde sözleşme yapılması konusundaki irade açıklamasını geri alma hakkı
- i. Öngörülmüşse, mülkiyetin saklı tutulmasına veya satış bedeli alacağının devrine ilişkin anlaşma kayıtları
- j. Temerrüt ve vadenin ertelenmesi durumunda, yasal faiz oranının yüzde otuz fazlasının geçmemek üzere ödenecek faiz
- k. Sözleşmenin kurulduğu yer ve tarih

Görüldüğü gibi, TBK. m. 253/ f. 3, sadece satıcının ticari faaliyeti kapsamında yapılan taksitle satış sözleşmesinde bulunması gereken asgari hususları düzenlemiştir. Dolayısıyla, satıcının ticari faaliyeti kapsamında yapmış olduğu taksitle satış sözleşmesinde, ticari faaliyet kapsamı dışında yapılan taksitle satış sözleşmesinin aksine sözleşme serbestisi bu anlamda bulunmamaktadır⁴¹.

⁴¹ 4077 Sayılı TKHK. m. 6/ A'da, taksitle satış sözleşmesinde yer alması gereken asgari koşullara ilişkin genel bir düzenleme yapılmıştı.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, 6502 Sayılı TKHK'da, TBK. m. 253/ f. 3'de belirtildiği şekilde bir düzenleme yer almamaktadır. Fakat 6502 Sayılı TKHK'nun 83. maddesinde düzenlenen atıf nedeniyle TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulama bulacağından, TBK. m. 253/ f. 3'ün tüketiciye de uygulanması gerekmektedir. Nitekim söz konusu maddenin tüketicinin lehine de bir madde olduğu da ortadadır.

2) Şekle Aykırılığın Sonuçları

TBK. m. 12/ f. 1'de yer alan düzenlemeye göre, “sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle tabi değildir”. Ancak anılan maddenin ikinci fıkrasında, kanunda sözleşmeler için öngörülen şeklin, kural olarak geçerlilik şekli olduğu ve öngörülen şekle uyulmaksızın akdedilen sözleşmelerin hüküm doğurmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, TBK. m. 253'de yer alan yazılı şekil kuralına aykırı olarak akdedilen taksitle satış sözleşmesinin akıbeti kesin hükümsüz⁴² olacaktır ve taksitle satış sözleşmesi taraflar arasında borç doğurmayacaktır.

Fakat bazen kesin hükümsüzlük yaptırımının ileri sürülmesi hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğurabilir. Örneğin, alıcı taksitlerin çoğunu ödemişse, satıcının şekle aykırılığı ileri sürmesi MK. m. 2 anlamında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Bu sebeple, kesin hükümsüzlüğü ileri sürmek hakkın kötüye kullanılmasını teşkil ediyorsa, diğer bir ifadeyle, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, geçersizlik iddiasında bulunulamaz. Nitekim 6502 sayılı TKHK. m. 17/ f. 3'de geçerli bir sözleşme yapmamış olan satıcı ve sağlayıcının, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketici aleyhine ileri sürülemeyeceği hüküm altına alınmıştır⁴³.

Yine TKHK kapsamına girmeyen taksitle satış sözleşmelerinde uygulanan TBK açısından konuyu ele almak gerekirse, TBK. m. 253/ f. 3'de belirtilen unsurların eksik olması halinde, taksitle satış sözleşmesinin kesin hükümsüz olması, hükmün amacına aykırılık teşkil edebilir. Bu bakımdan doktrinde yer alan bir görüşe göre sözleşmenin esaslı unsurları dışında

⁴² Taksitle satış sözleşmesinin şekle aykırılığına bağlanan yaptırımın esnek (kendine özgü) geçersizlik yaptırımı olduğu konusunda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 2010, s. 593; **Antalya, O. G.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 106.

⁴³ Bu düzenlemenin yerinde olmadığını yukarıda belirtmiştik.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

kalan unsurlardan bir veya bir kaçının eksik olması sözleşmenin geçerliliğini etkilememelidir⁴⁴.

Ancak unutulmamalıdır ki, TBK. m. 253/ f. 3 emredici nitelikte bir düzenlemedir. Bu sebeple anılan maddede belirtilen unsurların eksik olması halinde sözleşme kesin olarak geçersiz olacaktır. Nitekim bu husus TBK. m. 27/ f. 1’de “kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür” demek suretiyle hüküm altına alınmıştır.

Konuya ilişkin bir diğer önemli husus ise, taksitle satış sözleşmelerinin ayrıca TBK. m. 27 ve m. 28’e yer alan düzenlemelere aykırı olmaması da gerekmektedir.

Ş IV. TAKSİTLE SATIŞ SÖZLEŞMESİNİN SÜRESİ

TKHK’nda, taksitle satış sözleşmesinin süresine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık TBK. m. 256/ f. 1’de taksitle satış sözleşmesinin süresinin düzenlendiğini görmekteyiz⁴⁵. Söz konusu hükme göre, “Alıcı, peşin satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak, satış bedelinin geri kalan kısmını da sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödemekle yükümlüdür.” Görüldüğü gibi söz konusu madde, peşinat ödeme borcunun miktarını düzenlemenin yanı sıra, taksitle satış sözleşmesinin süresine de üç yıllık üst sınır getirmektedir.

Sözleşme süresi sınırlandırıldığı zaman, taksit tutarları daha yüksek miktarlarda belirlenir ve ödeme gücü zayıf olan alıcılar kendi ödeme güçleri konusunda uyarılarak korunurlar. Bu sayede de hem alım gücü zayıf olan alıcının sözleşme yapma olasılığı düşürülür, hem de satıcının rizikosunu bu sayede azaltılır⁴⁶.

Doktrinde taksitle satış sözleşmesinde satış bedelinin geri kalan kısmının sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıldan fazla bir sürede ödenme-

⁴⁴ **Makaracı / Çevik**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Taksitle Satım Sözleşmesine İlişkin Getirilen Düzenlemeler”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 111, İstanbul 2012, s. 102.

⁴⁵ Aynı maddede peşinat ödeme borcu da düzenlenmiştir.

⁴⁶ **Stauder, B.**, Art. 226 d. N. 1.

si kararlaştırılmışsa, sözleşmenin tamamıyla hükümsüz olacağını savunan yazarlar⁴⁷ bulunmaktadır.

Oysa taksitle satış sözleşmesi hükümlerinin alıcıya yönelik sosyal koruma amacı ve buna ek olarak TBK. m. 256/ f. 1'in emredici hüküm olma özelliği göz önüne alındığında, satıcının, üç yılın dolmasından sonraki taksitler bakımından talepte bulunamayacağını belirtmenin daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Hatta bunun sonucunda alıcı da (üç yılı aşan) taksitleri ödemişse, ödemiş olduğu taksitleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alabilecektir⁴⁸.

Ş V. TAKSİTLE SATIŞ KONUSUNDA 6502 SAYILI TKHK'DA YER ALAN DİĞER DÜZENLEMELER

1) Cayma Hakkı

a) Genel Olarak

6502 Sayılı TKHK'nun 18. maddesinde, 4077 Sayılı TKHK'da⁴⁹ taksitle satışlarda yer almayan cayma hakkı düzenlenmiştir. 6502 Sayılı TKHK. m. 18/ f. 1'de tüketici her hangi bir neden belirtmeksizin ve cezai şart ödemesiz yedi gün içinde cayma hakkını kullanabilecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında bu bildirim satıcı veya sağlayıcıya süresi içinde bildirilmesinin yeterli olacağı ve cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğinin ispatının da satıcı veya sağlayıcıya ait olacağı düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin üçüncü fıkrasında da⁵⁰ satıcı ve sağlayıcının cayma

⁴⁷ **Develioğlu, H. M.**, "6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun "Taksitle Satım" Sözleşmesi İle İlgili Getirdiği Değişiklikler", Legal Hukuk Dergisi, C. 9, S. 98, İstanbul 2011, s. 531; **Yılmaz, C.**, s. 457-458.

⁴⁸ **Akünel, T.**, "Mukayeseli Hukukta Taksitle Satım Sözleşmelerinde Alıcıyı Korumaya Yönelen Tedbirler", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yeni Seri Yıl 6, Sayı 9, 1972, s. 92; **Gümüş, M. A.**, s. 181-182; **Ünlütepe, M.**, s. 133-134; **Ünlütepe, M.**, makale s. 338.

⁴⁹ Buna karşılık kapıdan satışlara ilişkin 4077 Sayılı Kanunun 8 maddesinin 3. fıkrasında cayma hakkına yer verilmekteydi. 4. fıkrada ise taksitle kapıdan yapılan satışlarda da cayma hakkının kullanılabilmesi hüküm altına alınmıştı.

⁵⁰ Benzer bir düzenleme TBK. m. 255/ f. 2'de de hüküm altına alınmıştır. Benzer bir düzenleme dememizin sebebi, TBK'nun Ön Tasarısı'nın 260. maddesinin başlığına "Sözleşmenin yürürlüğe girmesi ve cayma açıklaması" olarak yer verilmekteyken, Hükümet tarafından teklif edilen Tasarı metninde söz konusu 254. maddenin başlığı, "sözleşmenin yürürlüğe girmesi ve geri alma açıklaması" şeklinde değiştirilmiştir. TBMM Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen metinde ise madde başlığı "sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması ve geri alma açıklaması" olarak değiştirilmiş ve yasalaşan *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

süresi içinde malı tüketiciye teslim etmiş olması durumunda tüketicinin malı olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabileceği aksi takdirde cayma hakkını kullanamayacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrası ise, tüketicinin satıcıyı bulduğu finansal kiralama işlemlerinde cayma hakkı kullanılamayacağını hüküm altına almıştır.

“Cayma hakkı” ile ilgili düzenlemenin getirilmesi kanaatimizce yerinde olmuştur. Çünkü satıcıların alışılmamış yöntemlerle, tüketicileri acele karar vermeye zorlamaları neticesinde, uzun süreli mali yükümlülüklerle sokmaları mümkündür. Diğer bir deyişle, satıcılar, tüketicileri anında karar vermeye zorlamaları sayesinde, tüketiciler, sonuçlarını (sözleşmenin kurulması aşamasında) öngöremedikleri mali yükümlülüklerle karşı karşıya kalabilmektedirler. İşte Kanun’la getirilen bu cayma hakkı, tüketicinin sakın kafa ile düşünüp, rahatça karar vermesine imkan sağlayan bir olanak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple taksitle satış sözleşmelerinde tüketiciye sözleşmeden cayma hakkı tanıyan bu düzenleme, tüketiciyi koruyan en anlamlı hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır⁵¹.

b) Hukuki Niteliği

Yukarıda da belirtildiği üzere, “cayma hakkı” 6502 sayılı TKHK’da düzenlenmiş bir haktır. Ancak bu hakkın hukuki niteliği konusunda doktrinde tartışmalar vardır.

Doktrindeki bir görüşe⁵² göre, cayma hakkı, borçlanma işlemine münhasır dolaylı etkileri bulunan dönme hakkının, geniş anlamda tasarruf işlemine dolaysız bir güçle etkili kılınmış türü olarak ifade edilmektedir. Cayma hakkı, söz konusu bu tasarruf etkisinin varlığı nedeni ile geri alma hakkından⁵³ ayrılmaktadır.

TBK metninde bu şekilde yer aldığı konusunda bkz. **Ünlütepe, M.**, Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2013, s. 139, dn. 400.

⁵¹ Benzer görüş için bkz. **Ozanoğlu, H.**, s. 216-217.

⁵² **Serozan, R.**, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 137. Cayma hakkının kullanılması ile borçlanma ve tasarruf işlemlerinin kendi içerisinde birleşerek aynı anda gerçekleşen FSEK. m. 58 hükmü ile yayın sözleşmesinde olduğu üzere, verme ile yapma yükümleri, yükümlünün sürekli bir def’i hakkı ile kalkmakta ve bunun yanında borçlanma işlemi ile birlikte gerçekleştirilen tasarruf işlemiyle geçirilmiş bulunan yayın hakkı da eser sahibine geri dönmekte olduğu hususunda bkz. **Serozan, R.**, s. 138.

⁵³ Buna karşılık cayma hakkının tüketiciye tanınan bir “geri alma hakkı” niteliğinde olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Aslan, İ. Y.**, En Son Değişiklikler ve Yargıtay Kararları İş-YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

Buna karşılık başka bir görüşe göre ise, taraflardan birine, “geri alma hakkı” veya “cayma hakkı” olarak adlandırılan bu hak⁵⁴, sözleşmeden dönmeye veya feshe benzer haklar tanımaktadır⁵⁵. Cayma hakkı, bir bozucu yenilik doğuran hak⁵⁶ ve bu hakkın kullanılması da yenilik doğurucu bir işlemdir.

Kanaatimizce de cayma hakkı, sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshine benzer hak sağlamaktadır. Gerçi sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshedilmesi hakları sözleşmenin her iki tarafına sağlanmış olsalar da, taksitle satış sözleşmesi açısından bu hak 6502 sayılı TKHK. çerçevesinde sadece tüketiciye tanınmıştır. Bu sebeple bu hakkı kullanacak olan tüketici, bu hakkını kullanınca, sözleşmenin hüküm ve sonuçları, ani edimli ifalarda geriye etkili olarak, sürekli ifalarda ise ileriye etkili olarak sona erecektir.

c) Hükümleri

6502 sayılı TKHK'nun 18. maddesine göre, “Tüketici, yedi gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin taksitle satış sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Satıcı cayma süresi içinde malı tüketiciye teslim etmişse tüketici, malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilir; aksi takdirde tüketici cayma hakkını kullanamaz. Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile hizmetin ifasına başlanan hizmet sözleşmelerinde de tüketici

ğında Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2006, s. 436; **Ünlütepe, M.**, s. 139 vd.; **Ünlütepe, M.**, makale s. 333.

⁵⁴ “Geri alma hakkı” ve “cayma hakkı” konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan, R.**, s. 123 vd.; **Ünlütepe, M.**, s. 139 vd..

⁵⁵ Bağışlama taahhüdünde TBK. m. 296; elden bağışlamada TBK. m. 295, vekalet sözleşmesinde TBK. m. 512, böyle olduğu hususunda bkz. **Oğuzman/ Öz**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1., s. 570, dn. 1.

⁵⁶ **İnceoğlu, M.**, Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul 1998, s. 26. Gümüş, TBK. m. 255 çerçevesinde, alıcının yedi gün içinde geçmişe etkili –iptal hakkı benzeri- bir bozucu yenilik doğuran hak olarak geri alma hakkını kullanırsa, sözleşme alıcı için hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamaksızın, sadece satıcı için doğan hüküm ve sonuçları ile birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağını ifade etmektedir. **Gümüş, M. A.**, s. 214.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

cayma hakkını kullanamaz. Tüketicinin satıcıyı bulduğu finansal kiralama işlemlerinde cayma hakkı kullanılamaz”.

Anılan maddenin 1. fıkrasında yedi günlük süreden söz edilmesine rağmen, sürenin ne zaman başlayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, yazılı sözleşmenin taraflarca imzalanıp, bir nüshasının tüketiciye verildiği tarihten itibaren yedi günlük sürenin başlayacağı kabul edilmelidir⁵⁷.

Yine anılan fıkra uyarınca, tüketici, taksitle satış sözleşmesinden doğan cayma hakkını herhangi bir gerekçe göstermek zorunda olmaksızın kullanabileceği gibi, bu hakkın kullanılması nedeniyle satıcı veya sağlayıcı da, tüketiciden herhangi bir ceza koşulu talep edemeyecektir.

Anılan yedi günlük sürenin geçmesi neticesinde tüketici, artık cayma hakkını kullanamayacaktır. Diğer bir deyişle, satıcı veya sağlayıcı için baştan beri bağlayıcı olan taksitle satış sözleşmesi, tüketici açısından da baştan beri hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Taksitle satış sözleşmeleri, satıcı ve sağlayıcı açısından bağlayıcıdır. Buna karşılık tüketici açısından bir çeşit askıda geçerlilik hali söz konusudur⁵⁸. Cayma hakkı kullanılınca sözleşme baştan itibaren geçersiz hale gelirken, hakkın kullanılması gereken sürede kullanılmaması sonucunda da sözleşme baştan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁵⁹.

Taksitle satış sözleşmesinde, önceden bu hakkın kullanılmasından feragat edilip edilmeyeceği konusunda TKHK’da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak m. 83’de yapılan atıf gereğince, önceden feragatin mümkün olmayacağı TBK. m. 255/ f. 1’den anlaşılmaktadır.

Hemen belirtmeliyiz ki, cayma hakkının kullanılması açısından yedi günlük sürenin kısaltılması konusunda tarafların anlaşması kesin hükümsüzlük yaptırımına uğrayacaktır. Buna karşılık sürenin uzatılması konusunda yapılan anlaşmaların geçerli olacağını düşünmekteyiz. Çünkü burada önemli olan tüketicinin korunmasıdır. Süre uzatımı da hakkın kullanılması açısından tüketicinin yararına olan bir düzenlemedir⁶⁰.

⁵⁷ Benzer değerlendirmeler için bkz. **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 282- 283; **Gümüş, M. A.**, s. 213-214; **Ünlütepe, M.**, makale s. 334.

⁵⁸ Aynı görüş için bkz. **Gümüş, M. A.**, s. 214.

⁵⁹ **Yavuz/ Acar/ Özen**, s. 282-283; **Yılmaz, C.**, s. 454-455; **İnceoğlu, M.**, s. 27; **Develioğlu, H. M.**, s. 536.

⁶⁰ **Gümüş, M. A.**, s. 216; **Yılmaz, C.**, s. 454; **Ünlütepe, M.**, makale s. 336. Ayrıca bkz. **Stauder, B.**, Art. 226 c, N. 17.

Maddenin ikinci fıkrasında “Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim bu süre içinde satıcı veya sağlayıcıya yöneltilmiş olması yeterlidir. Satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkı konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla bu hakkın kullanılması herhangi bir şekilde bağlı tutulmamıştır. Ancak burada da yine TBK. m. 255/ f. 1’in (TKHK. m. 83 atfı uyarınca) uygulanması ve bu bildirim yazılı olarak yapılması gerektiğini söylemeliyiz. Her ne kadar TBK. m. 255/ f. 1/ c. son’a göre, “geri alma bildirimünün sürenin son gününde postaya verilmiş olması, sonuç doğurması için yeterlidir” hükmü bir geçerlilik şartı⁶¹ olarak karşımıza çıksa da, bu hakkın yazılı olarak kullanılması, hakkı kullanıldığını ispatlamaya da ayrıca yarayacaktır⁶².

Aynı fıkra uyarınca, satıcının veya sağlayıcının cayma hakkı konusunda tüketiciyi bilgilendirmesi ve bu bilgilendirmenin de kendilerince ispat edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Diğer bir deyişle, tüketicinin cayma hakkı konusunda bilgilendirildiğinin ispat yükü satıcı veya sağlayıcı’dadır. Tüketicinin cayma hakkı konusunda bilgilendirilmemesinin yaptırımına ilişkin de anılan fıkrada hüküm bulunmamaktadır.

Bu durumda tüketicinin bilgilendirilmemesi sonucunda yedi günlük sürenin işlemeye başlamayacağı konusunda ileri sürülen görüş⁶³ kabul edilebilir bir görüş değildir. Her ne kadar TKHK, tüketiciyi koruma amacına yönelik olsa bile, cayma hakkının, satıcı veya sağlayıcı tarafından kendilerine bildirilmediğini ileri süren tüketiciler tarafından kötüye kullanılabilir. Kanaatimizce, Kanun’da yer alan bir hakkın bilinmediğinin ileri sürülmesi, hem “kimse Kanunu bilmiyorum mazeretine sığınamaz” genel hukuk kuralı, hem de MK. m. 2 anlamında bir hüküm ifade etmeyecektir.

Bu tür bir kötüye kullanma ile karşılaşmak istemeyen satıcı veya sağlayıcının, mutlaka bildirim yapması kendi yararlarına olacaktır.

⁶¹ **Gümüş, M. A.**, s. 216; **Yılmaz, C.**, s. 454; Ünlütepe, tüketicinin, geri alma hakkını herhangi bir şekilde uymaksızın sözlü olarak da kullanabileceğini, ancak bu hakkın kullanıldığının ispatının tüketicieye ait olması nedeniyle, bu hakkını noter marifetiyle, iadeli taahhütlü mektupla veya telgraf ile veya satıcı veya sağlayıcının teslim aldığına ilişkin imzası karşılığında bildirilmesinin ispat açısından gerekli olduğunu belirtmektedir. **Ünlütepe, M.**, makale s. 335.

⁶² Aksi takdirde satıcı veya sağlayıcı, cayma hakkının kullanılmadığını ileri sürmesi halinde bunun ispatlanması güçlük arz eder.

⁶³ **Ünlütepe, M.**, makale s. 335.

Yine anılan maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, “satıcı cayma süresi içinde malı tüketiciye teslim etmişse tüketici, malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilir; aksi takdirde tüketici cayma hakkını kullanamaz. Cayma hakkı süresi sona ermeden önce, tüketicinin onayı ile hizmetin ifasına başlanan hizmet sözleşmelerinde de tüketici cayma hakkını kullanamaz.”

Burada önemli olan, mal veya hizmetin tüketiciye tesliminden sonra, tüketicinin, cayma süresi içinde malı ancak olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabilmesidir. Bu ölçüyü aşan bir kullanım söz konusu olunca, tüketicinin cayma hakkını kullanması da mümkün olmayacaktır. Buna ilaveten, hizmet sözleşmelerinin söz konusu olduğu hallerde, tüketicinin onayı ile hizmetin ifasına başlanmışsa da, cayma hakkının kullanılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu fıkra uyarınca, cayma hakkının kullanılmasına bir sınırlama getirilmiştir. Tüketici mal alımı yapmışsa, ancak olağan bir gözden geçirme ölçüsünde malı kullanabilecekken, hizmet ifasına yönelik bir durum söz konusu olduğunda, kendi onayı ile hizmet ifasına başlandığı andan itibaren bu hakkını artık kullanamayacaktır.

Bir başka sınırlama ise, anılan maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra göre, “tüketicinin satıcıyı bulduğu finansal kiralama işlemlerinde cayma hakkı kullanılamaz”. Bu hükmün zıt anlamından çıkarılabilecek sonuç ise, finansal kiralama sözleşmesinde satıcı, tüketici ile temasa geçip sözleşme kurulmasına neden olmuşsa, tüketici yine yedi günlük süre içinde cayma hakkına sahip olacaktır.

Bu düzenleme ile ilgili son olarak şunları söylemek mümkündür: Satıcı veya sağlayıcı, taksitle satış sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren, sözleşme ile bağlıdır. Buna karşılık, tüketicinin sözleşme ile bağlanması yedi günlük sürenin geçmesiyle, diğer bir deyişle cayma hakkının kullanılmasından geçirilmesi ile sağlanır. Satıcı veya sağlayıcı açısından baştan beri sağlayıcı niteliğe sahip olan taksitle satış sözleşmesi, tüketici açısından cayma süresi boyunca geçerliliği askıdadır. Bu sebeple, satıcı veya sağlayıcı yedi günlük süre içinde tüketicinin bedel ödemesini talep edemeyecektir. Cayma hakkının kullanılmasyla da, sözleşme tek taraflı olarak sona ermiş olur⁶⁴.

⁶⁴ Cayma hakkının hukuki niteliği konusunda bkz. § V, 1, b.

2) Temerrüt

A) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Açısından

6502 Sayılı TKHK. m. 19’ da bu husus düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre “taksitle satış sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, satıcı veya sağlayıcı, kalan borcun tümünün ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak satıcı veya sağlayıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de kalan borcun en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksidi veya kalan borcun en az dörtte birini oluşturan bir taksidi ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kullanılabilir. Satıcı veya sağlayıcının bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur. Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmaz.”⁶⁵.

Anılan hükme göre, tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi halinde, kural olarak, kalan taksitler muaccel hale gelmeyecektir. Buna karşılık satıcı veya sağlayıcı, böyle bir durum ile karşı karşıya kaldığında kalan taksitlerin muaccel hale geleceğine ilişkin hakkını saklı tutarak bir taksitle satış sözleşmesi yapmışsa, ancak bu durumda kalan taksitlerin muaccel olması mümkündür. Kanun koyucu, sadece saklı tutma ile yetinmemiş, buna ilaveten bir takım şartların daha oluşması gerektiğini hüküm altına almıştır.

Şöyle ki, muacceliyetin saklı tutulmanın yanı sıra, satıcı veya sağlayıcının bütün edimlerini ifa etmiş olması gerekir. Ancak bununla da yetinmeyen kanun koyucu, bunlara ilaveten, tüketicinin kalan borcunun en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksiti ödemiş olmasını veya kalan borcun en az dörtte birini oluşturan bir taksiti ödemede temerrüde düşmesini aramıştır.

Bununla da yetinmeyen kanun koyucu, satıcı veya sağlayıcının, tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunmasını şart koşmuştur. Bir de muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masrafların dikkate alınmayacağına hükmetmiştir.

⁶⁵ 4077 Sayılı TKHK. m. 6/A’ da sadece “en az dörtte birini oluşturan bir taksidi ödemede temerrüde düşmesi durumu” düzenlenmemiştir. Buna ek olarak, yine 4077 Sayılı TKHK. m.6/A’ da satıcı veya sağlayıcının en az bir hafta süre vererek muacceliyet ihtarında bulunması gerektiği düzenlenmiştir. Bir haftalık süre, TKHK ile en az otuz güne çıkartılmıştır ki, bu düzenlemenin tüketici lehine yapıldığını düşünmekteyiz.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Bu maddeye göre, son bir değerlendirme yapmak gerekirse, tüketicinin ödemediği taksitler sonucunda kalan borcunun muaccel olabilmesi için şu şartlara gerek vardır.

aa) Satıcı veya sağlayıcı (kalan borcun tümünün ifasını talep edebilme) hakkını saklı tutmuş olmalı,

bb) Satıcı veya sağlayıcı üzerine düşen bütün edimleri yerine getirmiş olmalı,

cc) Tüketicinin kalan borcunun en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksiti ödemiş olmalı veya kalan borcun en az dörtte birini oluşturan bir taksiti ödemede temerrüde düşmüş olmalı,

dd) Satıcı veya sağlayıcı tüketicie en az otuz günlük süre vermek suretiyle muacceliyet uyarısında bulunmuş olmalı,

ee) Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanması ana para borcu üzerinden değerlendirilerek⁶⁶, faiz, komisyon ve benzeri masrafların hesaba katılmamalıdır.

Bununla birlikte, temerrüdün mutlaka taksit ödeme borcuna ilişkin olması gerekir. Bu TKHK'da açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla taksit ödeme borcundan başka borçlar açısından temerrüde düşülmüş olması, muacceliyet kaydının hüküm doğurmasına sebep olmayacaktır⁶⁷.

Bununla birlikte alıcının peşinat ödemede temerrüde düşmesi hali 6502 Sayılı TKHK'da düzenlenmemiştir⁶⁸. Bu husus sadece TBK. m. 259/ f. 1 ve m. 260/ f. 2'de düzenlenmiştir.

B) TBK. Açısından Alıcının Temerrüdü (Halinde Satıcının Hakları)

a) Alıcının Peşinatı Ödemede Temerrüde Düşmesi

Yukarıda da belirtildiği üzere, TKHK'da peşinat ödeme borcu ve bu borcunda temerrüde düşmesi hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla tüketicinin peşinat ödemesi bir yapısal unsur olarak nitelendirile-

⁶⁶ Altı çizili metin yazar tarafından belirtilmiş olup, TKHK'da böyle bir ifade açıkça yer almamaktadır.

⁶⁷ Ozanoğlu, bu konuyu incelerken, eBK. m. 224'ün emredici olmasından hareket etmiş ve anılan maddede sadece alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesinden bahsedildiği için de, temerrüt dışındaki diğer sözleşme ihlallerinin bütün satış bedelini muaccel olacağına kararlaştırılmayacağını, aksine konulan kayıtların ise, geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. **Ozanoğlu, H.**, s. 274. Benzer açıklama için bkz. **Ansay, T.**, s. 125.

⁶⁸ Bu husus 4077 Sayılı Kanunda'da düzenlenmemiştir.

mez. Buna karşılık TBK’da alıcının peşinat ödeme borcu ve borcunda temerrüde düşmesi halinde uygulanacak hükümler düzenlenmiştir. Şöyle ki,

TBK. m. 259/ f. 1’de alıcının peşinatı ödemede temerrüde düşmesi halinde satıcının, sadece peşinatı isteyebileceği veya sözleşmeden dönebileceği belirtilmiştir. TBK kapsamındaki taksitle satış sözleşmesi bakımından peşinat ödenmesi, sözleşmenin yapısal bir unsuru değildir. Bu sebeple, TBK’nın peşinat ödenmesine (TBK. m. 256) ve peşinat ödenmesinde temerrüde ilişkin hükümleri (TBK. m. 259/ f. 1 ve m. 260/ f. 2) 6502 sayılı TKHK kapsamındaki taksitle satış sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulmaz. Böyle bir ödeme söz konusu olup da, tüketici, temerrüde düşerse, taksit ödemede temerrüde ilişkin hükümlere göre sonuca ulaşılacaktır.

b) Alıcının Taksitleri Ödemede Temerrüde Düşmesi

TBK. m. 259/ f. 2 gereği, taksitle satışta, alıcı taksitlerden birini ödemede temerrüde düşerse; satıcı, muaccel olmuş taksitlerin ödenmesini veya geri kalan satış bedelinin tümünün ödenmesini bir defada isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Satıcı dönme hakkını TBK. m. 259/ f. 2’de yer alan şartlara göre kullanabilecektir.

Bu fıkra göre, satıcının sözleşmeden dönebilmesi için, öncelikle bu hakkı açık bir şekilde saklı tutmuş olmasına ve alıcının kararlaştırılan satış bedelinin en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksiti veya en az dörtte birini oluşturan bir taksiti ya da en son taksiti ödemede temerrüde düşmüş olmasına bağlıdır. Ancak, satıcının dönme dolayısıyla isteyebileceği miktar, ödenmiş olan taksitler tutarına eşit veya daha fazla ise satıcı sözleşmeden dönebilir. Ayrıca satıcı, sözleşmeden dönme hakkını kullanmadan önce, alıcıya en az on beş günlük bir süre tanımak zorundadır (TBK. m. 259/ f. 3).

Satıcının ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etme hakkı taksitle satış sözleşmeleri açısından bulunmamaktadır⁶⁹. Taksitlerin ödeme günleri de genellikle belli olduğu için, alıcıyı temerrüde düşürmek için ayrıca ihtar çekmeye gerek yoktur⁷⁰.

⁶⁹ Tandoğan, H., s. 316; Ansay, T., s. 39-40; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 288; Gümüş, M. A., s. 207.

⁷⁰ Tandoğan, H., s. 309; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 288; Ozanoğlu, H., s. 242. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

c) Satıcının Seçimlik Hakları

Alıcının temerrüdü gerçekleştiği anda satıcının seçimlik hakları bulunmaktadır. Bu haklar şunlardır:

aa) Satıcının Gecikmiş Taksitin Ödenmesini ve Gecikme Tazminatını Talep Hakkı

Taksitle satış sözleşmesinde satıcının, geri kalan taksitlerin ödenmesi talebi ile sözleşmeden dönme hakkını saklı tutmaması halinde başvuracağı tek imkan, gecikmiş taksitin ödenmesini talep etmektir. Bu durumda satıcı, gecikmiş taksitin ödenmesini ve gecikme tazminatını talep edebilecektir. Satıcının gecikmiş taksitin ödenmesini ve gecikme tazminatını talep etmesi TBK. m. 123 vd. hükümlerine tabidir⁷¹. Gecikmiş taksitlerin ödenmesi talebi her bir taksitin muaccel olduğu andan itibaren beş yılda zamanaşımına uğrar⁷².

bb) Satıcının Geri Kalan Satış Bedelinin Tamamının Bir Defada Ödenmesini Talep Hakkı

Satıcının geri kalan satış bedelinin ödenmesini talep hakkı, TBK. m. 259/ f. 2’de bazı şartlara bağlanmıştır. Anılan fıkraya göre, öncelikle satıcının bu talep hakkını kullanabilmesi için, alıcının taksit ödemede temerrüde düşmesi gerekir. Buna ilaveten satıcının sözleşmede geri kalan satım bedelinin tamamının bir defada ödenmesini saklı tutması gerekmektedir. Bu şartların gerçekleşmesi halinde, alıcının kararlaştırılan satış bedelinin en az onda birini oluşturan ve birbirini izleyen en az iki taksiti ödemede temerrüde düşmesi veya alıcının kararlaştırılan satış bedelinin en az dörtte birini oluşturan bir taksiti ödemede temerrüde düşmesi ya da alıcının kararlaştırılan satış bedelinin en son taksiti ödemede temerrüde düşmesi gerekmektedir. Son olarak TBK. m. 259/ f. 3’e göre, satıcının satış bedelinin geri kalan kısmını talep etmesinden önce alıcıya en az on beş günlük süre vermek zorundadır.

⁷¹ Tandoğan, H., s. 312; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 288; Uygur, T., Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk Tazminat Hukuku, C. 5, Ankara 2003, s. 5322; Gümü, M. A., s. 204; Ozanoğlu, H., s. 242.

⁷² Yavuz/ Acar/ Özen, s. 288.

cc) Satıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı

Taksitle satış sözleşmesinde satıcının dönme hakkı, TBK.'nun m. 259 ve m. 260'da düzenlenmiştir.

TBK. m. 259/ f. 2'ye göre, satıcının sözleşmeden dönebilmesi için, bu hakkını açık bir şekilde saklı tutmuş olması gerekmektedir. Ayrıca ikinci fıkrada belirtilen tüm koşulların da gerçekleşmesi gerekir. Bunlara ilaveten 259. maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde, “satıcının sözleşmeden dönme dolayısıyla isteyebileceği miktar, ödenmiş olan taksitler tutarına eşit veya daha fazla ise, satıcı sözleşmeden dönemez” ifadesi yer almaktadır. Satıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmadan önce, alıcıya en az onbeş günlük süre tanınması gerekmektedir (TBK. m. 259/ f. 3).

TBK. m. 260'a göre ise, “satıcı, alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi sebebiyle satılanın alıcıya devrinden sonra sözleşmeden dönerse, her iki taraf aldığı geri vermekle yükümlüdür. Satıcı, ayrıca hakkaniyete uygun bir kullanım bedeli ve satılanın olağan dışı kullanılması sebebiyle değerinin azalması halinde tazminat da isteyebilir. Ancak satıcı, sözleşme zamanında ifa edilmiş olsaydı, elde edecek olduğundan fazlasını isteyemez”.

Sözleşmeden dönme beyanı üzerine, taksitle satış sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Dolayısıyla satıcı, satılan malın iadesini alıcıdan talep edebileceği gibi, alıcı da satıcıya vermiş olduğu bedelleri faizi ile geri isteyebilir⁷³.

Bu noktada şu hususun kanun koyucu tarafından düzenlendiğini belirtmek yerinde olacaktır. Satıcı, malın alıcı tarafından kullanılması sebebiyle hakkaniyete uygun bir kullanım bedelini isteyebileceği gibi, malın alıcı tarafından olağan dışı kullanılması sebebiyle değerinde bir azalma meydana gelmesi halinde, tazminat talebinde de bulunabilecektir⁷⁴.

Bu noktadan sonra yine 6502 sayılı TKHK'nun diğer düzenlemelerini açıklamaya devam edebiliriz.

⁷³ Tandoğan, H., s. 159; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 291.

⁷⁴ Konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tandoğan, H., s. 312-313; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 289-292; Gümüş, M. A., s. 206-211
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

3) Erken Ödeme

6502 Sayılı TKHK. m. 20, tüketicinin borçlandığı miktarın tamamını önceden ödeyebileceği gibi, vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksiti de önceden ödeyebileceğini hüküm altına almış ve satıcı veya sağlayıcıyı da, almış oldukları faiz ve komisyon varsa, tüketicinin ödediği miktara göre faiz ve komisyon indirimini yapmakla yükümlü kılmıştır⁷⁵.

Bu maddede, tüketicinin, vadesi gelmemiş taksitleri erken ödemesinin mümkün olduğu ve buna bağlanan sonuçlar düzenlenmiştir. Şöyle ki, tüketici, satıcı veya sağlayıcıya karşı borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebilecek veya vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksit konusunda önceden ödeme yapabilecektir.

Böyle bir düzenlemenin getirilmesi tüketicinin yararına olan bir düzenlemedir. Çünkü taksitle satış sözleşmesinde tüketicinin (alıcının) edimi bir defada yerine getirememesi sebebiyle, satıcı veya sağlayıcı, peşin fiyatta, faiz veya komisyon ücreti altında eklemeler yapmaktadır. Bu erken ödeme sayesinde faiz veya komisyon indiriminden yararlanarak, faiz ve komisyon ödemekten kurtulacaktır. Gerek toplam miktarın, gerekse vadesi gelmemiş bir veya birden fazla taksitin önceden ödenmesi halinde, satıcı veya sağlayıcı, ödenen miktara göre faiz ve komisyon indirimi⁷⁶ yapmakla yükümlüdür.

Ayrıca sözleşmede, tüketicinin erken ödeme imkanını sınırlayan veya tamamen ortadan kaldıran veya (hiçbir surette) indirim yapılmayacağını öngören kayıtlar geçersizdir⁷⁷.

Erken ödeme ile ilgili açıklamalarımız, tüketicinin rızasıyla yapmış olduğu erken ödemelere ilişkindir. Buna karşılık acaba zorunlu olarak erken ödeme yapılması durumunda yine indirim yapılabilir mi? Buna olumlu cevap vermek gerekir. Çünkü örneğin, tarafların muacceliyet kaydına yer vermesi söz konusu olduğunda, tüketici taksitleri ödemede temerrüde düşer ve gerekli şartlar yerine gelmek suretiyle bütün taksitle muaccel hale gelirse, bir erken ödeme yapılması zorunlu hale gelecektir. Bu erken ödeme açısından, satıcı veya sağlayıcının haksız kazanç elde etmesi söz konu-

⁷⁵ 4077 Sayılı TKHK m. 6/A/ f. 4'te ise, "sağlayıcı" ve "komisyon indirimi" dışında aynı düzenleme yer almaktaydı.

⁷⁶ TKHK. m. 20 gerekçesinde indirim nasıl yapılacağı hususu Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği kararlaştırılmıştır.

⁷⁷ Aral, F., s. 181; Ünlütepe, M., makale s. 341.

su olacaktır. İşte bu haksız kazancın engellenmesi, ancak indirimin uygulanması ile giderilebilir⁷⁸.

4) Diğer Hususlar

6502 Sayılı TKHK’da “diğer hususlar” başlığı ile 21. maddede düzenleme getirilmiştir. Burada da tüketicinin taşınır satışında malın bedelini kısım kısım ödemeyi, satıcının da bedelin tamamının ödenmesinden sonra satılan malın tüketiciye teslim etmeyi üstlendiği ve ödeme süresi bir yıldan fazla veya belirsiz olan sözleşmeler hakkında TBK ön ödemeli taksitle satış hükümlerinin uygulanacağını hüküm altına almıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise sözleşmenin zorunlu içeriği, tüketici ile satıcı veya sağlayıcının hak ve yükümlülükleri, cayma hakkı, erken ödeme ile diğer hususlara ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Ş VI. TÜRK BORÇLAR KANUNU’NDA DÜZENLENİP, 6502 SAYILI TKHK’DA DÜZENLENMEMİŞ OLAN DİĞER HÜKÜMLER

Öncelikle belirtmeliyiz ki, buraya kadar yapılmış olan bütün açıklamalar 6502 sayılı TKHK’da düzenlenmiştir. Ayrıca “temerrüt” konusunda TBK hükümleri de kısa bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Buradan sonra artık sadece TBK’da yer alan taksitle satış hükümleri incelenecektir. Daha önce de belirtildiği üzere, 6502 sayılı TKHK’nun 83. maddesindeki atıf nedeniyle, anılan kanunda hüküm bulunmaması halinde, TBK’ndaki genel hükümler uygulanacaktır. Bu durumda, “yasal temsilcinin rızası”, “sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması ve geri alma açıklaması” ve “ tarafların hak ve borçları” konularında genel hükümlere bakılması gerekmektedir.

1) Yasal Temsilcinin Rızası

Yasal temsilcinin rızası TBK. m. 254’de düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı tarafından yapılmış olan taksitle satış sözleşmesinin geçerliliği, yasal temsilcinin yazılı rızasına bağlıdır. Bu durumda rızanın en geç sözleşmenin kurulduğu anda verilmiş olması gerekir.

⁷⁸ İnceoğlu, M., s. 31-32; Ünlütepe, M., makale s. 341.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Kanun koyucu, sonradan yasal temsilcinin rıza vermesinin taksitle satış sözleşmesini geçerli hale getirmeyeceğini hükme bağlamıştır. Diğer bir deyişle, kanun koyucu taksitle satış sözleşmelerinde yasal temsilcinin baştan vermiş olduğu rızasını geçerli saymakta, buna karşılık sonradan verilen rızayı, diğer bir deyişle, “icazeti” kabul etmemektedir⁷⁹. Yazılı rıza verilmezse, taksitle satış sözleşmesi geçersizdir⁸⁰.

Kanaatimizce sonradan izin alınan durum (icazet verildiği durum) söz konusu olduğunda, yasal temsilcinin rızasını yazılı olarak baştan vereceği yeni bir taksitle satış sözleşmesinin yapılması gerekmektedir.

2) Sözleşmenin Hüküm ve Sonuçlarını Doğurması ve Geri Alma Açıklaması

TBK. m. 255/ f. 1’ e göre, “taksitle satış sözleşmesi, alıcı bakımından, taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshasının alıcının eline geçmesinden yedi gün sonra hüküm doğuracaktır. Alıcı yedi günlük süre içinde satıcıya yazılı olarak geri alma bildiriminde bulunabilir. Bu haktan önceden feragat edilemez. Geri alma bildiriminin sürenin son gününde postaya verilmiş olması, sonuç doğurması için yeterlidir”.

Söz konusu fıkrada alıcı bakımından sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması ele alınmıştır. Bu düzenlemenin zıt anlamından satıcı bakımından sözleşmenin kurulduğu anda hükümlerini doğurduğu ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık alıcı açısından hüküm doğurmaya başlayacağı an, imzadan yedi gün sonra başlayacaktır.

Maddeden de anlaşılacağı üzere, geri alma hakkının kullanılması yazılı şekle tabi tutulmuştur. Yazılı şekle bir geçerlilik şartıdır⁸¹. Yedi gün içinde bu hak kullanılmaz veya yazılı şekle uyulmaksızın kullanılırsa, alıcının, geri alma hakkı sona erer. Buna dayalı olarak, taksitle satış sözleşmesi hükümlerini doğurmaya başlar.

Geri alma hakkı süresinde ve şekle uygun olarak kullanıldığında ise, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır. Ayrıca yine aynı madde uyarınca, alıcının geri alma hakkından önceden feragat etmesi mümkün

⁷⁹ Gümüş, M. A., s. 189; Yılmaz, C., s. 452; Develioğlu, H. M., s. 535; Ünlütepe, M., makale s. 332.

⁸⁰ Gümüş, M. A., s. 189; Yılmaz, C., s. 451; Ünlütepe, M., makale s. 332.

⁸¹ Yavuz/ Acar/ Özen, s. 282.

değildir⁸². Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, geri alma hakkından önceden feragat edilemeyeceğinin kabul edildiği ve bu şekilde feragatin, TBK. m. 27 uyarınca kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, satıcının, geri alma süresinde, malı, alıcıya devretmiş olması halinde, alıcının satıma konu olan malı olağan bir gözden geçirmenin gerektirdiği ölçüde kullanabileceği, aksi halde sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmuş olacağı hüküm altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında da geri alma hakkını kullanan alıcıdan cayma parası istenemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

3) Tarafların Hak ve Borçları

A) Peşinat Ödeme Borcu ve Sözleşmenin Süresi

TBK. m. 256/ f. 1' de peşinat ödeme borcu ve sözleşmenin süresi düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, "Alıcı, peşin satış bedelinin en az onda birini en geç teslim anında peşin olarak, satış bedelinin geri kalan kısmını da sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıl içinde ödemekle yükümlüdür." Görüldüğü gibi, söz konusu madde peşinat ödeme borcunun miktarını belirttiği gibi, taksitle satış sözleşmesinin süresine de üç yıllık üst sınır getirmektedir. Bu düzenlemelerin getirilmesinin amacı, alıcıyı korumaktır.

Doktrinde, taksitle satış sözleşmesinde satış bedelinin geri kalan kısmının sözleşmenin kurulmasını izleyen üç yıldan fazla bir sürede ödenmesi kararlaştırılmışsa, sözleşmenin tamamıyla hükümsüz olacağını savunan yazarlar⁸³ bulunmaktadır.

Oysa taksitle satış sözleşmesi hükümlerinin alıcıya yönelik sosyal koruma amacı göz önüne alındığında, satıcının, üç yılın dolmasından sonraki taksitler bakımından talepte bulunamayacağını belirtmenin daha uygun olacağını düşünmekteyiz⁸⁴. Hatta bunun sonucunda alıcı da (üç yılı aşan) taksitleri ödemişse, ödemiş olduğu taksitleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri alabilecektir.

Aynı maddenin ikinci fıkrası, Bakanlar Kuruluna peşinat miktarı ve yasal ödeme sürelerini belirleme konusunda verilen yetkiyi; üçüncü fıkrası

⁸² Geri alma hakkından ancak sözleşme kurulduktan sonra feragat edilebileceği konusunda bkz. **Stauder, B.**, Art. 226 c, N. 15-16; **Yılmaz, C.**, s. 455.

⁸³ **Develioğlu, H. M.**, s. 531; **Yılmaz, C.**, s. 461.

⁸⁴ Aynı yönde görüş için bkz. **Akünel, T.**, s. 92; **Gümüş, M. A.**, s. 181-182; **Ünlütepe, M.**, s. 133-134; **Ünlütepe, M.**, makale s. 338.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

sı, kanunda belirtilen peşinatı almaksızın alıcıya malı devreden satıcının peşinatın ödenmeyen kısmı üzerinde talep etme hakkının olmayacağını, dördüncü fıkrası da, peşinattan vazgeçilmesi karşılığında satış bedelinin arttırılmasına ilişkin anlaşmanın geçersiz olacağını hüküm altına almıştır.

B) Alıcının Def'ileri

TBK. m. 257/ f. 1'e göre, "alıcı, satıcının taksitle satıştan doğan alacağı ile kendisinin alıcıdan olan alacağını takas etme hakkından önceden feragat edemez". Anılan fıkranın emredici nitelikte olması sebebiyle, alıcının, takas hakkından önceden feragat etmesi kesin olarak geçersiz olacaktır⁸⁵. Bu hükümlerle borçlunun takas hakkından önceden feragat edebileceğine ilişkin genel kurala (TBK. m. 145), taksitle satış sözleşmeleri açısından bir istisna getirilmiştir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, "alacağın devredilmesi durumunda alıcının, satış bedeli alacağına ilişkin def'ileri sınırlanamaz ve ortadan kaldırılamaz". Bu hüküm de emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu düzenlemeye aykırı bir durum söz konusu olduğunda, bu da kesin olarak geçersizdir. Hemen belirtmeliyiz ki, her ne kadar fıkroda sadece def'ilerden söz edilmekteyse de, bu kapsama itirazlar da girecektir⁸⁶.

C) Satış Bedelinin Tamamen Ödenmesi

TBK. m. 258'e göre, "taksit borcu kambiyo senedine bağlanmış olmadıkça, alıcı satış bedelinin kalan kısmını her zaman bir defada ödeyerek borcundan kurtulabilir. Bu durumda, peşin satış bedeline ilave edilen bedelin ödenmemiş taksitlere isabet eden kısmı, yarısından az olmamak üzere ödeme süresinin kısaltılmasına uygun olarak indirilir".

Anılan düzenleme⁸⁷ uyarınca indirim, satış bedelinin kambiyo senedine bağlanmadığı durumlarda mümkün olacaktır. Buna ilaveten, alıcı, satış bedelinin kalan kısmının tamamını toptan ödeme imkanına kavuşturulmuştur⁸⁸. Toptan ödemenin doğal sonucu olarak işlememiş, ancak söz-

⁸⁵ Stauder, B., Art. 226 f, N. 3; Yılmaz, C., s. 458.

⁸⁶ Demir, R., s. 88; Yavuz/ Acar/ Özen, s. 285; Gümüş, M. A., s. 221.

⁸⁷ TBK. m. 258'deki düzenlemeye benzer bir düzenleme 6502 sayılı TKHK'nun 20. Maddesinde "erken ödeme" başlığı altında düzenlenmiştir.

⁸⁸ Gümüş'e göre, erken ödeme hakkı satış bedelinde indirim sonucunu doğuran bir yenilik doğuran haktır. Satış bedelinin kalan kısmının tamamını ödeme talebi, söz konusu yenilik

leşme devam etseydi, işleyecek olan faizlerden tasarruf etme imkanı da alıcıya tanınmıştır⁸⁹.

D) Hakimin Müdahalesi

TBK. m. 261'e göre, "hakim, temerrüde düşen alıcının borçlarını ödeyeceği konusunda güvence vermesi ve satıcının da bu yeni düzenleme dolayısıyla herhangi bir zararının olmaması koşuluyla, alıcıya ödeme kolaylıkları sağlayabilir ve satıcının satılanı geri almasını yasaklayabilir". Hakimin müdahalesini düzenleyen böyle bir düzenleme 6502 sayılı TKHK'da bulunmamaktadır⁹⁰. Yine belirtmeliyiz ki, TKHK'nun 83. Maddesi gereğince, taksitle satış sözleşmelerine hakimin müdahalesi istenebilecektir. Ancak hemen belirtmeliyiz ki, bu müdahaleyi talep edebilecek olan sadece alıcıdır (tüketicidir).

Söz konusu maddeden de anlaşılacağı üzere, alıcının talebi üzerine, hakime maddede belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, sözleşmeye müdahale etme hakkı verilmektedir. Bu müdahale iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Ya alıcıya ödeme kolaylığı sağlanır veya satıcının satılan malı geri almasını yasaklayabilir. TBK. m. 261 gereğince, ödeme kolaylığı sağlanabilmesi ve malın geri alınmasının yasaklanabilmesi için, üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir.

Bunlar, alıcının (tüketicinin) temerrüde düşmüş olması, borçlarını ödeyeceğine ilişkin güvence vermiş olması ve satıcı veya sağlayıcının herhangi bir zararının olmamasıdır. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde, hakim, en yakın gelecekte alıcının (tüketicinin) sözleşmeye uygun düşecek davranışlarına ilişkin tedbirleri almakla yükümlüdür⁹¹.

Bu tedbirler, taksitlerin ödenmesinin ertelenmesi⁹² şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, sözleşme süresinin uzatılması⁹³ şeklinde de ortaya çıka-

doğuran hakkın kullanılması anlamına gelir ve alıcı indirim talep etmese de, satıcı, satış bedelinde gerekli olan indirim yapmak zorundadır. **Gümüş, M. A.**, s. 222.

⁸⁹ Satıcının, alıcının toptan ödeme talebini kabul etmediği durumda, alacaklı temerrüdüne düşeceği ve alıcının mahkemeye başvurarak tutarı tevdi ettirmek suretiyle borcundan kurtulacağı konusunda bkz. **Stauder, B.**, Art. 226 g, N. 8.

⁹⁰ Aynı şekilde 4077 sayılı TKHK'da da böyle bir düzenleme yoktur.

⁹¹ **Yılmaz, C.**, s. 469.

⁹² **İnceoğlu, M.**, s. 35. Örnek olarak, henüz vadesi gelmemiş taksitler için yeni muacceliyet vadeleri belirleyebilir veya taksit tutarlarının yeniden yapılandırılmasına karar verebilir. **Yılmaz, C.**, s. 469.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

bilir. Ancak hemen belirtmeliyiz ki, satıcının talebi üzerine mevcut tedbir-
lere ek tedbirler alma yetkisi saklıdır.

Bu sayede hakim dönme beyanının hukuki sonuçlarını doğurmasını
engellerek alıcıya ödeme kolaylığı yanında ek bir hukuksal koruma sağ-
lar⁹⁴.

E) Yetkili Mahkeme ve Tahkim

Taksitle satış sözleşmesinde hangi mahkemenin yetkili olduğu ve tahkim
sözleşmesinin yapılabilmesinin mümkün olup olmayacağı konusu TBK.
m. 262’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, alıcının yerleşim yerinin
Türkiye olması durumunda, taksitle satış sözleşmesinden doğan uyumsuz-
luklarda, yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olacağı ve yerleşim yerindeki
mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim söz-
leşmesinin de yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Ekonomik açıdan güçsüz olan alıcının (tüketicinin) korunmasına⁹⁵
yönelik bu düzenlemeye aykırı davranış, diğer bir deyişle, sözleşmenin
kurulmasından önce yetkili mahkemenin belirlenmesi veya tahkimin dü-
zenlenmesi kesin olarak geçersizdir⁹⁶.

Maddenin zıt anlamından da anlaşılacağı üzere, ancak sözleşmenin
kurulmasından sonra yapılan feragat ve tahkim sözleşmesi geçerlidir.

SONUÇ

Çalışmamızın konusunu oluşturan “taksitle satış sözleşmesi” gerek 6502
sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (TKHK), gerek 6098
sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) çerçevesinde ele alınmış ve yeri gel-
dikçe yürürlükten kalkan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki

⁹³ Develioğlu, H. M., s. 543; Makaracı Başak/ Öktem Çevik, s. 114. Hakim, alıcının
sözleşme ile kararlaştırılan edim yükümlülüklerini ileride yerine getirebileceğine kanaat
getirirse, TBK. m. 256/ f. 1’de düzenlenen üç yıllık üst sınır süresini aşan taksit sürelerin-
de ödenmesine de karar verebilir. Yılmaz, C., s. 469.

⁹⁴ Hatta hakim, söz konusu yetkisini muacceliyet şartının gerçekleşmiş olduğu veya satıcı
veya sağlayıcının sözleşmeden dönmüş olduğu durumlarda da kullanabilir. İnceoğlu, M.,
s. 35.

⁹⁵ Alıcının çoğu kez uzak bir mahkemede hakkını savunmak zorunda olması, gerek mah-
keme masrafları, gerekse savunma imkanları açısından büyük güçlükler sebep olmakta,
bu durum mahkemelerin yükünün de büyük ölçüde ağırlamasına yol açmaktadır. Akünal,
T., s. 103-104.

⁹⁶ Yılmaz, C., s. 470.

Kanun (eTKHK) ile eski Borçlar Kanunumuzdaki (eBK) hükümlere de değinilmiştir.

Taksitle satış sözleşmesi hükümlerinin 6502 sayılı TKHK’da yer verilen düzenlemelerinin özel kanun niteliğinde olduğu, buna karşılık 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemeler ise genel kanun niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Özel Kanun niteliğindeki TKHK’da düzenleme yapılmadığı durumlarla karşılaşıldığı zaman, anılan Kanun’un 83. Maddesinin yapmış olduğu atıf sebebiyle, genel hükümlerin uygulanacağına hükme bağlandığı ifade edilmiştir.

İki Kanun arasında bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda acaba hangisine öncelik verilmesi gerektiği belirtilmek suretiyle, özel kanun niteliğindeki 6502 sayılı TKHK, genel kanun niteliğindeki TBK’den sonra yürürlüğe girdiği için taksitle satış sözleşmelerine TKHK öncelikle uygulanacağı; TKHK’da hüküm yoksa, TBK uygulanacağı ortaya konulmuştur.

TKHK’nun “kişi” bakımından uygulanma alanı ne şekilde tespit edileceği açıklanmış olup, “tüketici” kavramı açıklanmıştır.

Bunlara ilaveten TKHK. m. 3 (1) ve (i) bentlerinde, “sağlayıcı” ve “satıcı” kavramları açıklanmıştır. Bu açıklamalar ışığında, satıcı ve sağlayıcının, ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında kazanç sağlamak amacıyla, sürekli olarak ilgili faaliyetleri yürüten ve tüketiciye bedel karşılığında sunan gerçek veya tüzel kişi olduğu ortaya çıktığı tespiti yapılmıştır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda, taksitle satış sözleşmesi TBK. m. 253-263 arasında (toplam onbir madde olmak üzere) “Kısmi Ödemeli Satışlar” kenar başlığı altında düzenlenmesine karşılık 28 Mayıs 2014’de yürürlüğe giren 6502 Sayılı TKHK’da ise m. 17-21 arasında (toplam beş madde halinde) düzenlenmiş olduğu ortaya konulmuştur.

Bu bağlamda, 4077 sayılı Kanun ile 6502 sayılı Kanun arasında iki konuda farklılık göze çarptığı ve bunların da “cayma hakkı” (m. 18) ve “diğer hususlar” (m. 21) konusunda olduğu ortaya konulmuştur.

Son olarak Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş olmasına rağmen, 6502 sayılı TKHK’da hüküm altına alınmamış düzenlemelerin neler olduğu konularına değinilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akipek/ Akıntürk**, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Akünel, T.**, “Mukayeseli Hukukta Taksitle Satım Sözleşmelerinde Alıcıyı Korumaya Yönelen Tedbirler”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yeni Seri Yıl 6, Sayı 9, 1972.
- Ansay, T.**, Türk Borçlar Kanununa Göre Taksitle Satışlar ve Satıcı, Ankara 1954.
- Antalya, O. G.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.
- Aral, F.**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2000.
- Aslan, İ. Y.**, En Son Değişiklikler ve Yargıtay Kararları Işığında Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Bursa 2006.
- Demir, R.**, Türk Borçlar Kanunu Açısından Taksitle Satış Sözleşmeleri, Ankara 2013, s. 5-6.
- Develioğlu, H. M.**, “6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun “Taksitle Satım” Sözleşmesi İle İlgili Getirdiği Değişiklikler”, Legal Hukuk Dergisi, C. 9, S. 98, İstanbul 2011.
- Dural/ Sarı**, Türk Özel Hukuku, C. 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2006.
- Ergüne, M. S.**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Taksitle Satışa İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanının Belirlenmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013.
- Gümü, M. A.**, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
- Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- İnceoğlu, M.**, “Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.
- İnceoğlu, M.**, Taksitle Satımlarda Tüketicinin Korunması, İstanbul 1998.
- Karahasan, M. R.**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 1, İstanbul 2002.
- Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul 2010.

Kostakoğlu, C., Gerekçeli ve Açıklamalı Türk Yeni Borçlar Kanunu, İstanbul 2011.

Makaracı / Çevik, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Taksitle Satım Sözleşmesine İlişkin Getirilen Düzenlemeler”, Legal Hukuk Dergisi, C. 10, S. 111, İstanbul 2012.

Meier/ Hayoz, Berner Kommentar, Band IV, Sachenrecht, Systematischer Teil, 4. Auflage, Bern 1966.

Oğuzman/ Barlas, Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 21. Bası, İstanbul 2015.

Oğuzman/ Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2011.

Oğuzman/ Seliçi/ Oktay – Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

Ozanoğlu, H., “Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.

Ozanoğlu, H., Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara 1999.

Serozan, R., Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007.

Serozan, R., Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2007.

Sirmen, L., Eşya Hukuku, Ankara 2013.

Stauder, B., (Herausgeber: Honsell/ Vogt/ Wolfgang) Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1 - 529), Basel und Frankfurt am Main, 1996.

Tandoğan, H., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/ 1, İstanbul 2008

Uygur, T., Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, C. 3, Ankara 1991.

Uygur, T., Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk Tazminat Hukuku, C. 5, Ankara 2003.

Uygur, T., Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 2012.

Ünlütepe, M., 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Taksitle Satış Sözleşmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2014, S. 2.

Ünlütepe, M., Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2011.

Ünlütepe, M., Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2013.

Yavuz, N., Açıklamalı – Yorumlu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler: Genel ve Özel Hükümler, Ankara 2012.

Yavuz, N., “Tüketiciyi Koruma Hakkındaki Kanuna Göre Tüketici Kavramı”, Hukuk Dergisi, S. 109, 15 Şubat 2001.

Yavuz/ Acar/ Özen, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 2014.

Yılmaz, C., “6098 Sayılı TBK Uyarınca Taksitle Satış Sözleşmesi Hükümlerinin Değerlendirilmesi (TBK m. 253-262)”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2011.

Zevkliler/ Aydoğdu, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Ankara 2013.

**KISMÎ DAVAYA İLİŞKİN HMK M.109/2 HÜKMÜNÜN
YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ**
(AN EVALUATION REGARDING THE REPEAL OF A PARTIAL LAW SUIT UNDER
ARTICLE 109/2 OF THE TURKISH CODE OF CIVIL PROCEDURE)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Kudret ASLAN**

ÖZET

Hukukumuzda kısmî dava kurumu ilk defa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109 uncu maddesiyle düzenlenmiştir. Söz konusu 109 uncu maddenin ikinci fıkrasında, “*Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmî dava açılmaz*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme doktrinde, kısmî davanın açılma koşulları bakımından farklı görüşlerin ileri sürülmesine; Yargıtay uygulamasında da farklı kararların verilmesine vesile olmuştur. Doktrinde bazı yazarlar söz konusu hükmün, hak arama özgürlüğünü kısıtladığını, tasarruf ilkesiyle bağdaşmadığını ve dolayısıyla kısmî dava kurumunu işlemeze hale getirdiğini, bu nedenle de yürürlükten kaldırılması gerektiğini savunmuştur. Ancak, Anayasa Mahkemesi, özellikle usul ekonomisi ilkesini gerekçe göstererek söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığını karar vermiştir. Buna rağmen, kanun koyucu, 6644 sayılı Kanun'un dördüncü maddesiyle HMK m. 109/2 hükmünü bütünüyle yürürlükten kaldırmıştır. Bu makalede, anılan önemli kanun değişikliği değerlendirilmiş, söz konusu hükmün yürürlükten kaldırılmış olmasının isabetli olup olmadığı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kısmî dava, medeni usul hukuku, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, dava konusu, Yargıtay, eda davası, belirsiz alacak davası, pilot

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** k.aslan@etu.edu.tr

dava, dava çeşitleri, hak arama özgürlüğü, tasarruf ilkesi, Anayasa, Anayasa Mahkemesi.

ABSTRACT

Under the Turkish Law, the concept of partial legal action is regulated under Article 109 of the Code of Civil Procedure (Act No. 6100) for the first time. Under the second paragraph of Article 109 it is stated that: "If the amount of claim is undisputed, or clear between the parties, a partial case may not be initiated." This rule led to different views on the requirements of filing a partial law suit within the academia and different decisions given by the Turkish Court of Cassation. Scholars argued that this provision restricted the right to legal remedies, it is inconsistent with the principle (principle of party disposition) and hence it blocks the institution of partial case; therefore it should be abolished. However, Turkish Constitutional Court held that, especially on grounds of principle of procedural economy, the provision is not unconstitutional. Despite this, legislator completely abolished the Article 109/2 provision of the Code of Civil Procedure by the Article 4 of the Code (Act No. 6644). In this article, this significant amendment of the code is analyzed and it is examined whether the abolishment of this provision was a right decision or not.

Keywords: *Partial case, civil procedure law, Code of Civil Procedure (Act No. 6100), Code of Civil Procedure (Act No. 1086), subject matter of the dispute, Turkish Court of Cassation, action for performance, unprescribed money claim (case for uncertain claim), pilot/test case, types of action, right to legal remedies, Constitution, Turkish Constitutional Court.*

A. GİRİŞ

Kısmî dava, mülgâ 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Buna karşılık 1 Ekim 2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, kısmî dava açıkça düzenlenmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, kısmî dava kurumunu düzenlemiş olduğu 109 uncu maddesinin ikinci fıkrasında kısmî davayla ilgili "Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça

belirli ise kısmî dava açılmaz” şeklinde bir hükme de yer vermiş idi. Bu hükme karşı hak arama özgürlüğünü kısıtladığı ve Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmuş, ancak Anayasa Mahkemesi hükmü Anayasa’ya aykırı bulmamış ve başvuruyu reddetmiştir¹. Hal böyle iken, 6644 sayılı “*Yargıtay Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*”un² 4 üncü maddesiyle HMK m. 109/2 hükmü bütünüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu makale, u önemli kanun değişikliğinin değerlendirilmesi amacıyla kaleme alınmıştır. Çalışmada kısmî dava kurumu bütün yönleriyle, özellikle kısmî dava açılabilmesinin şartları bakımından ayrıntılı biçimde ele alınmayacaktır. Zira, kısmî dava kurumu hakkında doktrinde yapılmış birçok çalışma bulunmaktadır³. Dolayısıyla, bu çalışmada söz konusu değişikliğin isabetli olup olmadığı ve yaratacağı muhtemel etkiler üzerinde durulacaktır. Ancak, yapılacak açıklamalara temel teşkil etmesi bakımından kısmî dava kurumu hakkında kısa da olsa bilgi verilecektir.

B. KISMÎ DAVA HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

1) *Kısmî Davanın Amacı*

Doktrinde genel olarak kısmî dava davacının aynı hukuki ilişkiden doğan bölünebilir nitelikteki alacağının şimdilik sadece belirli bir bölümünü dava edip, kalan (bakiye) kısmını davanın kapsamı dışında tutarak dava açması şeklinde tanımlanmaktadır⁴. O halde, kısmî davadan söz edilebilmesi için

¹ Bkz. Anys. Mah. 24.5.2012, E. 2011/134, K. 2012/83, RG, 13.02.2013, S. 28558.

² RG, 11.04.2015, S. 29323.

³ Kısmî dava hakkında bkz. AKİL, C.: Kısmî Dava, Ankara-2013; ALANGOYA, Y.: Kısmî Dava Hususunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Bir Kararı (Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, 2004/2, s. 27-38); AKİL, C.: Kısmî Dava, Ankara-2013; ÖZEKES, M.: Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmî Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ejder YILMAZ’a Armağan, C. 2, Ankara-2014, s. 1589-1606); TANNER, S.: Kısmî Dava Üzerine Bazı Düşünceler (Prof. Dr. Bilge ÖZTAN’a Armağan, Ankara-2008, s. 851-866); ÜSTÜNDAĞ, S.: Kısmî Davaya İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar (Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara-2010, s. 409-423); ÜSTÜNDAĞ, S.: Bir Dava Ne Zaman Kısmî Davadır? (Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara-2010, s. 373-392); KULAKSIZ, C.: Die Teilklage im deutschen und türkischen Zivilprozessrecht, Frankfurt a. M. -2004; İYİMAYA, A.: Kısmî Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar (YD, 1985/3, S. 193-204); NOMER, H.: Manevi Tazminat Alacağında Kısmî Dava Mümkün müdür? (İÜHFMD 2000/1-2, s. 221-229).

⁴ AKİL, s. 63.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

öncelikle alacağın aynı⁵ hukuki ilişkiden kaynaklanması ve bölünebilir nitelikte olması gerekir. Aksi takdirde kısmî dava açılması mümkün olmayacaktır. Talebin bölünebilir nitelikte olup olmadığı ise maddi hukuka göre belirlenir⁶. Ayrıca yürürlükten kalkmış olan HMK m. 109/2 hükmüne göre, alacağın miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğu hallerde kısmî dava açılmayacaktır. Dolayısıyla, kısmî dava açılması için alacağın miktarının tartışmalı ve ya açıkça belirli olmaması gerekmektedir⁷.

Davacının tam dava yerine kısmî dava açmasının başlıca sebebi, yargılama giderlerinden tasarruf etmek suretiyle mahkemenin dava hakkındaki düşüncesini öğrenebilmesine olanak sağlamasıdır⁸. Zira, kısmî dava yerine tam dava açıldığı takdirde davacı, davanın kısmen reddedilmesi halinde bu kısım bakımından yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilecektir. Ayrıca, davacı ile davalı arasındaki ilişkinin niteliği, kısmî davanın kazanılmasından sonra davalının kalan kısmı gönüllü olarak ödeyeceği düşüncesi, kısmî davanın tam davaya oranla yargılamanın daha hızlı işlerlik kazanmasını mümkün kılması, davalının ödeme gücünün yüksek olmadığı hallerde kısmî davada elde edilen ilamın daha kolay icra edileceği düşüncesi veya ispat konusunda yaşanan birtakım sıkıntılar davacıyı tam dava yerine kısmî dava açmaya yöneltmiş olabilir⁹. Ancak, bütün bu amaçlara rağmen kısmî dava açılmasının altında yatan temel amaç, dava konusu talebin reddedilen kısmı için yüksek yargılama giderlerine mahkûm edilme riskinin bertaraf edilmesi düşüncesidir¹⁰.

⁵ Bu nedenle davacının farklı hukuki ilişkilerden kaynaklanan alacağının yalnız birisi için dava açması halinde kısmî davadan söz edilemeyecektir. Ayrıntı için bkz. AKİL, s. 69; PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M.: Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara-2013, s. 478.

⁶ TANRIVER, s. 851; NOMER, s. 222; bu konuda geniş bilgi için bkz. AKİL, s. 65 vd.

⁷ Kısmî dava açılabilmesinin koşulları hakkında geniş bilgi için bkz. AKİL, s. 65 vd.

⁸ Bu nedenle uygulamada kısmî davaya “pilot dava”, “sondaj davası” gibi isimler verilmiştir. Bkz. AKİL, s. 64.

⁹ AKİL, s. 64-65; NOMER, s. 221; KULAKSIZ, s. 5.

¹⁰ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD: Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München-2004, s. 1071; JAUERNIG/HESS: Zivilprozessrecht, 30. Auflage, München-2011, s. 250.

2) Kısmî Davanın Caizliği

Kısmî dava bütün hukuk sistemlerinde istisnasız kabul edilmiş bir dava türü değildir. Kara Avrupası hukuk sistemine tâbi olan ülkelerde genel olarak kısmî davanın caiz olduğu kabul edilmiş iken, Anglo-Amerikan hukuk sistemine tâbi olan ülkelerde kısmî dava kurumu genel olarak kabul görmemiştir¹¹. Bu bağlamda, kısmî dava kurumu Alman Medeni Usul Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, Alman hukukunda, tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak kısmî dava açılmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir¹². İsviçre Federal Usul Kanunu'nun 86. maddesinde kısmî dava kurumu açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna karşılık Amerikan ve İngiliz hukukunda, bu hukuk sistemlerinde kabul edilen geniş kapsamlı kesin hüküm anlayışının¹³ bir sonucu olarak kısmî dava kurumu mevcut değildir¹⁴.

Hukukumuzda, mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda¹⁵ kısmî dava kurumu açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, buna rağmen gerek doktrin¹⁶ gerekse Yargıtay¹⁷ hukukumuzda da kısmî davanın

¹¹ Bkz. AKİL, s. 53 vd.

¹² KULAKSIZ, s. 7-8.

¹³ Söz konusu hukuk sistemlerinde, aynı yargılama içinde çözüme kavuşturulacak çekişmeli hususların tamamının farklı davalarda tartışma konusu yapılması yerine tek bir davada ele alınması amaçlanmıştır. Yani aynı hayat olayına dayanılarak daha sonra ek dava açılması kabul edilmemiştir. Bu hukuk sistemlerinde, talebin dava konusu yapılmayan kısmının da kesin hükmün kapsamına gireceği kabul edilmiştir. Bu hukuk sistemlerinde kısmî davaya cevaz verilmemesinin altında yatan temel düşünce, hem mahkemenin hem de davalının boş yere aynı hadise ile uğraşmak zorunda kalmalarının ve dolayısıyla kısmî dava açma hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesidir. Dolayısıyla, bu hukuk sistemlerinde davacının kısmî dava açmakta herhangi bir hukuki yararının mevcut olduğu ve bu hususta davacının tasarruf özgürlüğüne sahip olduğu kabul edilmemiştir. Ayrıntı için bkz. AKİL, s. 57 vd.

¹⁴ Bu konuda bkz. AKİL, s. 57 vd.

¹⁵ Sadece HUMK m. 4 hükmündeki kısmî davada görevli mahkemenin nasıl belirleneceği hususu düzenlenmiştir.

¹⁶ Örneğin bkz. KURU, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C, 2, İstanbul-2001, s. 1520; POSTACIOĞLU, İ. E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul-1975, s. 251; ÜSTÜNDAĞ, S.: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, İstanbul-2000, s. 166.

¹⁷ Örneğin, "[...]Kısmî dava açılmasını engelleyen bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte; hâkim tarafından re'sen uygulanması gereken iyiniyet kuralına, taraflar ve avukatların da uyma yükümlülüğü gözetildiğinde; alacağın küçük parçalara bölünmesi suretiyle ayrı davalara konu yapılarak, birden fazla vekâlet ücreti edinilmesine yol açar şekilde dava hakkının kötüye kullanılmasının, yukarıdaki hukuksal ilkeler ışığında korunmasına YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

caiz olduğunu, yani kısmî dava açılmasının mümkün olduğunu kabul etmiştir. Bir başka deyişle, HUMK döneminde, kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen davacının kısmî dava açma hakkına sahip olduğu, kısmî dava açmakta hukuki yararı bulunduğu kabul edilmiştir. Buna temel gerekçe olarak tasarruf ilkesi gösterilmiştir. Zira, bu ilkeye göre, hiç kimse hakkını dava etmeye zorlanamayacağı gibi, hakkının tamamını dava etmeye de zorlanamaz; yani bir kısmını dahi dava konusu yapabilir. Ayrıca maddi hukuk bakımından da alacağın bir kısmının dava edilmesine herhangi bir engel bulunmadığı belirtilmiştir¹⁸. Kaldı ki, taleple bağlılık ilkesi gereğince hâkim tarafların talep sonuçlarıyla bağlı olup, talep edilenden daha fazlasına karar veremez¹⁹. Dolayısıyla, HUMK zamanında doktrin ve Yargıtay'ın kısmî dava açılmasını caiz görmesi nedeniyle, kısmî dava kurumu oldukça geniş bir uygulama olanağına sahip olmuştur. Yargıtay HUMK zamanında bazı davalar hariç²⁰, kısmî dava açılmasının önünde,

olanak bulunmadığı ve bu yönün kamu düzenine ilişkin olduğu gözetilmeksizin, davalı Kurumun toplam borcun çok üzerinde vekâlet ücreti ve yargılama gideriyle sorumluluğuna yol açılması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir[...]” (10. HD, 29. 1. 2008, 5188/645: www.yargitay.gov.tr).

¹⁸ Bkz. KURU-USUL 2, s. 1520; TANRIVER, s. 852; POSTACIOĞLU, s. 251; ÜSTÜN-DAĞ, s. 166.

¹⁹ Bu anlamda bkz. MERİÇ, N.: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara-2011, s. 113 vd.

²⁰ Bu bağlamda Yargıtay, doktrindeki (kanımızca da isabetli olan) görüşlerin aksine (Örneğin bkz. PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES: Medeni Usul Hukuku, 9. Baskı, s. 303-304; NOMER, s. 228; İYİMAYA s. 193 vd.; ALANGOYA, Y./YILDIRIM, K./DEREN-YILDIRIM, N.: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul-2009, s. 213 dn. 35) özellikle manevi tazminat talebinin bölünemeyeceğinden hareket ederek, genel olarak manevi tazminat davalarının kısmî dava şeklinde açılmayacağına karar vermiştir. Bu bağlamda örneğin “[...]Maddi ve manevi tazminat arasındaki fark göz önünde tutulduğunda, manevi zarar karşılığında tazminat isteminde bulunan kişi bunun bir kısmı ilk davada isteyerek fazlaya ilişkin kısmını geleceğe bırakması, bu tür davanın mahiyeti ile bağdaşmaz. Çünkü hâkimin takdir yetkisine geniş yer verilmiştir. Özel durumların değerlendirilmesi ve adalete muvafık tazminat miktarının saptanması davaya bakan hâkime aittir. Bu takdir hakkı bölünemez[...]” (HGK, 27.3.1981, 1481/251: YKD 1981/7, s. 808-810). Gerçi doktrinde manevi tazminat davalarının kısmî dava şeklinde açılmayacağı yönünde görüşler de mevcuttur (Örneğin bkz. KURU-USUL 2, s. 1523; TANRIVER, s. 865 vd.; KILIÇOĞLU, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara-2014, s. 888 vd.; TEKİNAY, S.S/ AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul-1993, s. 692). Manevi tazminat davasının kısmî davaya konu olup olamayacağı ve Yargıtay'ın kısmî dava şeklinde açılmayacağını kabul ettiği diğer bazı davalar hakkında ayrıntı için bkz. AKİL, s. 245 vd.

dürüstlük kuralına aykırılık dışında herhangi bir engel görmemiş, davacının kısmî dava açma hususunda hukuki yararının mevcut olduğuna karar vermiştir. Böylece, sanki kanunda düzenlenmiş gibi kısmî dava kurumu geniş bir uygulama olanağına sahip olmuştur²¹.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kısmî dava kurumu açıkça düzenlenmiştir. Kısmî davayı düzenleyen HMK m. 109 hükmüne göre “ (1) Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir. (2) Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmî dava açılmaz. (3) Dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmî dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez”. Görüldüğü gibi HMK'na göre hukukumuzda kısmî dava açılması, belirli koşullar altında, caiz olarak kabul edilmiştir.

Ancak kısmî davaya ilişkin HUMK zamanındaki uygulamalardan hareket eden kanun koyucu, HMK m. 109/2 hükmünde “talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğu” hallerde kısmî dava açılmayacağını hükme bağlamıştır. Söz konusu hükmün özellikle hak arama özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesiyle iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş, ancak yüksek mahkeme hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, söz konusu HMK m. 109/2 hükmü 6644 sayılı Kanunlayırlıktan kaldırılmıştır. HMK m. 109/2 hükmünün yürürlükten kaldırılması nedeniyle HUMK zamanına geri dönmüş olup olmadığı haklı olarak akla gelecektir. Gerçekten de söz konusu hükmün yürürlükten kaldırılması ile kısmî dava açılmasının önünde artık hiçbir engel kalmamış mıdır? Diğer bir deyişle, HMK m. 109/2 hükmü yürürlükten kaldırıldığına göre, artık alacağın miktarı taraflar arasında tartışmasız olsa veya açıkça belirli olsa dahi kısmî dava açılabilir mi? Bu sorunun, farklı yönleriyle irdelenmesi gerekir.

²¹ KURU, B.: Medeni Yargıda Kısmî Alacak Davası Öldü, Yaşasın Belirsiz Alacak Davası ve İdari Yargıda Yaşasın Genişletilmiş Kısmî Alacak Davası (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'a Armağan, Cilt 2, s. 1063-1072), s. 1063-1064.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

3) HMK m. 109/2 Hükümünün Konuluş Amacı ve Gerekçesi

Mülga HUMK kısmî dava kurumunu açıkça düzenlememiş olsa da, doktrin ve uygulamada kısmî davanın açılabilceği, buna herhangi bir engel olmadığı kabul edilmiş ve kısmî dava oldukça geniş bir uygulama olanağına sahip olmuştur²². Öyle ki, uygulamada neredeyse her dava, dilekçede sadece vakıalar sıralanıp fazlaya ilişkin halar da saklı tutulmak suretiyle kısmî dava şeklinde açılmış²³, hatta kısmî dava şeklinde açılması mümkün olmayan davalar dahi, dava dilekçelerinde fazlaya ilişkin hakların saklı tutulduğuna ilişkin ifadelere yer verilmiştir. Alacağın miktarı belirli olsun ya da olmasın kısmî dava açılmasının önünde, dürüstlük kuralı dışında herhangi bir engel görülmemiştir. Öyle ki, alacağın miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğu hallerde kısmî dava açılması usul ekonomisine aykırı sayılmamıştır.

Kısmî davanın amaç dışı bu kadar geniş bir uygulama olanağına sahip olduğunu gören kanun koyucu, şu gerekçelerle, HMK m. 109/2 hükmünde kısmî dava açılması olanağını bir ölçüde daraltmıştır²⁴. HMK m. 109/2 hükmünün Hükümet Gerekçesine göre “*Maddenin ikinci fıkrasında talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli olması durumunda kısmî davanın açılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla kısmî dava kurumunun amaç dışı kullanılmasının önüne geçilmek istenmiş, yani sözü edilen hâlde davacının kısmî dava açmakta hukukî yararının bulunmadığı kabul edilmiştir*”²⁵. Görüldüğü üzere, gerekçede açıkça o zamana kadar kısmî davanın *amaç dışı* kullanıldığı tespiti yapılmış ve bu şekilde kısmî dava açılmasında herhangi bir *hukuki yarar olmadığı* vurgulanmıştır. Yeni yürürlüğe giren her kanunun bir öncekinden daha iyi ve daha mükemmel olması, bir önceki kanun zamanında ortaya çıkan sorunları ve yanlış uygulamaları ortadan kaldırma amacıyla vazedilmesi gerekir. Kanun koyucuyu HMK m. 109/2 hükmünü vazetmeye yönelten başlıca sebep, gerekçede de belirtildiği üzere, kısmî dava kurumunun amaç dışı

²² Hatta kısmî dava açılmasına uygulamanın da destek verdiği haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. PEKCANITEZ/ ATALAY/ÖZEKES, s. 481 dn. 42.

²³ PEKCANITEZ, H.: Belirsiz Alacak Davası, Ankara-2011, s. 47.

²⁴ Hatta bu hüküm, kısmî davanın önünü kesen bir düzenleme olarak da nitelendirilmiştir. TAŞPINAR AYVAZ, S.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara-2013, s. 431.

²⁵ Bkz. KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 40. Baskı, Ankara-2014, s. 155 dn. 153.

olarak kullanımına engel olmak, davacının gerçekten hukuki yararının bulunması halinde bu yola başvurmasını sağlamaktır. Öyle ki, kanun koyucu hükmün gerekçesinde ayrıntılı açıklamalar yapmak yerine, sadece kısmî dava kurumunun amaç dışı kullanılmasının önüne geçilmesi amacını belirtmeyi dahi yeterli görmüştür.

C. YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNDEN SONRA HMK M. 109/2 HÜKMÜNE KARŞI DOKTRİN VE UYGULAMANIN TUTUMU

1) Doktrinin Tutumu

a) HMK m. 109/2 Hükmünün Aleyhinde İleri Sürülen Görüşler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, doktrin-de bazı yazarlar, HMK m. 109/2 hükmünün kısmî davanın uygulama olanağını büyük ölçüde ortadan kaldıracığını savunmuş, yapılan düzenlemeyi olumlu bulmamıştır. Özellikle, HMK m. 107 hükmünde düzenlenmiş olan belirsiz alacak ve tespit davası da dikkate alındığında, kısmî dava kurumunun neredeyse bütünüyle işlevselliğini yitireceği, uygulanamayacağı düşüncesi dile getirilmiştir²⁶. Öyle ki, tam anlamıyla uygulanıp anlaşıldığında, belirsiz alacak davası karşısında bu dava türünün uygulamada bir ağırlığının kalmayacağı ve kısmî davayı düzenleyen bu hükmün metruk hüküm olarak kalacağı ileri sürülmüştür²⁷. Hatta, HMK m. 109/2 hükmü ile medeni yargıda kısmi alacak davasının öldüğü ileri sürülmüştür²⁸.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, HMK m. 109/2 hükmü ölü doğmuştur. Ayrıca getirilen bu düzenleme nedeniyle medeni yargıda kısmî dava ölmüştür. Zira, bu görüşe göre, belirsiz alacaklar bakımından belirsiz alacak davası (m.107) açılmasının mümkün olduğu, belirli (likit) alacaklar bakımından ise, kısmi dava açılmayacağı düşünüldüğünde, kısmi dava kurumunun uygulama olanağı kalmamıştır²⁹.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, alacağın miktarının tartışmasız ya da açıkça belirli olduğu hallerde, hukuki yararın bulunmaması nedeniyle kısmî dava açılmayacağına ilişkin m. 109/2 hükmü ile amacını aşan

²⁶ SİMİL, C.: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul-2013, s. 100 vd.; AKİL, s. 69 vd.

²⁷ Bkz. KİRAZ, T. Ö.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Ankara-2012, s. 29; ÖZBAY, İ.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, 2. Baskı, Ankara-2013, s. 151 dn. 18.

²⁸ KURU-Kısmî Alacak Davası, s. 1064, 1066.

²⁹ KURU-Kısmî Alacak Davası, s. 1064 vd.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

bir düzenleme yapılmıştır. Zira, tasarruf ilkesi gereğince, alacaklı talebinin tamamını ya da bir kısmını dava etmek hak ve yetkisine sahip olabilmelidir³⁰. Tasarruf ilkesi alacaklıya dava konusu yapacağı talebinin kapsamını belirleme yetkisi vermektedir. Kaldı ki, kısmî dava açılabilmesi hak arama özgürlüğünün de bir gereğidir. Alacaklıyı mutlaka alacağının tamamını dava etmeye zorlamak, onu ya dava konusu yapmadığı alacağından feragat etmeye zorlamakta ya da dava edilmek istenen kısmın dahi hukuki yarar yokluğu nedeniyle dava edilmesine engel olmaktadır. Bu ise, alacaklının mahkemeye başvuru imkânını kısıtladığı için hak arama özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır. Kısmî davanın açıldığı durumlarda da davacının hukuki yararının var olduğunu kabul etmek daha yerindedir. Bu nedenle, HMK m. 109/2 hükmünün gerekçesinde hukuki yarar yokluğunun varsayılması yerine, her somut olaya göre değerlendirme olanağı tanınması ve dürüstlük kuralı ile dava hakkının kötüye kullanılmasının kısmî dava açılmasına engel olunması yönünde doktrin ve uygulamada yerleşen görüşe üstünlük tanınması daha yerinde olurdu. Bu nedenlerle, HMK m. 109/2 hükmü yürürlükten kaldırılmalı ve dürüstlük kuralına aykırı olarak kısmî dava açılmayacağına ilişkin bir düzenleme yapılmalıdır³¹.

Bu son görüşle paralel sayılabilecek bir başka görüşe göre de, HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen koşullar, kısmî davanın uygulanabilme olanağını, mukayeseli hukukta dahi eşine rastlanılamayacak bir şekilde sınırlandırmıştır. Kısmî dava her hukuk düzeninde kabul edilmemiş olsa bile, bu dava türünün kabul edilmiş olduğu hukuk düzenlerinde bile, HMK m. 109/2 hükmündeki gibi sınırlandırıcı bir hükme yer verilmemiştir. Bu itibarla, kısmî dava kurumuna ya kanunda hiç yer verilmemeydi ya da yer verilecek ise, bu davanın uygulanma olanağını felç edecek veya uygulamada ciddi tartışmalara yol açabilecek düzenlemelere yer verilmemeliydi³². HMK m. 109/2 hükmündeki mevcut pozitif düzenleme çerçevesinde, talep konusunun miktarının veya değerinin tartışmasız olmaması koşulu bütünüyle madde metninden çıkartılmalıydı³³. Talep konusunun miktarının

³⁰ SUNGURTEKİN ÖZKAN, M.: Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir-2013, s. 169-170.

³¹ SİMİL, s. 100 vd.

³² AKİL, s. 76, s. 98.

³³ AKİL, s. 76. Doktrinde TANRIVER'e göre ise, ortada bir davanın mevcut olduğu halde, bunun doğal olarak taraflar arasında bir tartışmanın da bulunduğu anlamına geleceğini belirterek, HMK m. 109/2 hükmünde yer alan kuralın, daha anlamlı ve fonksiyonel
YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

veya değerinin açıkça belirli olmaması kıstası ise mümkün olduğu kadar toleranslı biçimde yorumlanmalı ve talep konusunun miktarının veya değerinin “belirli” olduğu hallerde dahi kısmî dava açılmasına mahkemelerce cevaz verilmesi gerekirdi. Zira, kanunda kısmî dava açılmasına engel olarak görülen husus, talep konusunun miktarının “belirli” olmaması değil, “açıkça belirli” olmamasıdır. Bu nedenle, alacağın miktarını belirlemenin imkânsız olmadığı, yani miktarın davacı tarafından da belirlenebildiği ve fakat senet, belge, sözleşme ile açıkça bir belirlemenin yapılmadığı her uyuşmazlık, dava konusunun bölünebilir olması koşuluyla kısmî davaya konu edilebilmeliydi. Aksi takdirde, pek çok dava, davacının kısmî dava açmakta hukuki yararının bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmeye mahkûm olacaktı. Bu son tespitler doktrinde özellikle iş hukukundan doğan talepler bakımından dile getirilmiş, iş hukukuna ilişkin alacaklar bakımından kısmî davanın uygulanma olanağının geniş bir biçimde kabul edilmesi, HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen kıstasların dar olarak yorumlanmaması gerektiği ifade edilmiştir³⁴.

Yine bu doğrultuda olan diğer bir görüşe göre HUKM zamanında olduğu gibi zamanaşımı tehlikesini göze alan ve ileride belirlenen ek alacak-

hale gelebilmesi için, söz konusu kuralda yer alan “**tarafklar arasında tartışmasız veya**” ibaresinin madde metninden bütünüyle çıkartılması ve talep konusunun miktarının açıkça belirli olduğu hallerde, kısmî dava açılmayacağına işaret edilmekle yetinilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Görüldüğü üzere TANRIVER, kısmî davanın açılabilme koşullarına ilişkin olarak HMK m. 109/2 hükmünün bütünüyle yürürlükten kaldırılmasını değil, sadece madde metninde değişiklik yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. TANRIVER, S.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler (TBBD 2012/99, s. 15-34), s. 24. UMAR’ göre ise, HMK m. 109/2 hükmünde yer alan “**veya açıkça belirli ise**” bölümünün uygulanması mümkün değildir. Çünkü talep konusunun miktarı tartışmalı olduğu halde o miktarın ne olduğunun açıkça belli olduğu olsa olsa mahkemede hükme bağlanabilir, yoksa davacının veya davalının hasım bunu inkâr ettiği halde bellidir demesiyle olmaz; davada hükme bağlamak ise ancak dava açmak mümkün idiyse olur (UMAR, B.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara-2014, s. 330).

³⁴ Bkz. AKİL, s. 76 vd.; SİMİL, s. 412 vd.; YAVAŞ, M.: Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri (İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Seminer, İstanbul-2012, s. 54-81), s. 70 vd.; ÇELİK, Ç.A.: 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre İşçi Alacakları İçin Açılacak Davalar (<http://www.kazanci.com>, s. 2 vd.); DARENDE, İ.: Belirsiz Alacak Davası-Kısmî Dava İlişkisi (<http://www.turkhukuksitesi.com>, s. 4 vd.); AKIN, L.: İşçilik Alacakları ve Belirsiz Alacak Davası (ÇEİSD, 2012/11, s. 22-39), s. 29; ÇİL, Ş./KAR, B.: 6100 Sayılı HMK’ye Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmî Dava, 2. Baskı, Ankara-2012, s. 188 vd.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ları ıslahla davaya dâhil etmek isteyen davacı, alacak belirli olmasına rağmen kısmî dava açabilmeli, onun bu olanağı elinden alınmamalıydı. Bu nedenle, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olması durumunda kısmî dava açılmayacağına ilişkin HMK m. 109/2 hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeliydi. Zira, ekonomik yarar da bir hukuki yararadır. Bu nedenle, kısmî dava kurumu kanunda yeniden düzenlenmeli ve kısmî davalar bütün talepler için kabul edilmeliydi³⁵. Aynı doğrultuda başka bir görüşe göre “Elindeki kanıtların, alacak hakkını bütün kapsamıyla kanıtlamak bakımından duraksama olan ve isteminin önemli bir kısmında haksız çıkarsa hasım tarafa yüklü vekâlet ücreti ödeyeceğini düşünen davacının da, bakiye alacak kısmını sonra dava etmek üzere şimdilik bunun bir bölümünü istem konusu etmesinde korunmaya değer hukuksal yararı vardır. Bu kapı kapatılmamalıdır”³⁶.

b) HMK m. 109/2 Hükmünün Lehinde İleri Sürülen Görüşler

Doktrinde kısmî davaya ilişkin HMK m. 109/2 hükmünün aleyhinde görüşler olduğu gibi, bu hükmün lehine olan görüşler de ileri sürülmüştür. Bu yönde olan görüşlere göre, HMK m. 109/2 hükmüyle kısmî davanın amaç dışı kullanılmasının önüne geçilmek istenmiş, böylece söz konusu durumlarda kısmî dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığı kabul edilmişti³⁷. Bu hükümden sonra uygulamada “pilot dava” denilen ve genellikle yüksek yargılama giderlerine mahkûm olmamak için belirli olan alacağın şimdilik belli bir kısmının dava edilerek geri kalan kısmın saklı tutulması mümkün olmayacaktı. Zira, bu gibi durumlarda hukukî değil, ekonomik bir yarar söz konusudur. Hukuki yarar dava şartı olduğuna göre, alacağın açıkça belirli veya tartışmasız olduğu hallerde açılan kısmî dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir³⁸. Her davada nasıl ki hukuki yarar şartı ara-

³⁵ KARSLI, A./KOÇ, E./KONURALP, C. S.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Problemleri Konular, İstanbul-2014, s. 57.

³⁶ UMAR, B.: Yeni HMK Düzenlemesinin Kısmî Dava Konusunda Getirdiği Kural (Prof. Dr. Erhan ADAL’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011-2012/1-2, s. 29-33), s. 33.

³⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 481; YILMAZ, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara-2013, s. 769.

³⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 481-482. Ancak YILMAZ’a göre, HMK m. 109/2 hükmünde belirtilen koşulları taşımayan bir kısmî davada hukuki yarar bulunmamasına ise de, bu durumda mahkeme davayı hemen hukuki yarar yokluğundan reddetme-

YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

nıyorsa, bu şart kısmî dava bakımından da aranmalıdır. Sırf dava konusu alacağın yüksek olması ve davanın reddi halinde yüksek yargılama giderlerine mahkûm edilmemek için kısmî dava açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Çünkü, bu gibi durumlarda hukukî değil, ekonomik bir yarar söz konusudur. HMK m. 109/2 hükmünde yer alan koşullar nedeniyle kısmî davanın uygulama alanının daraltılmış olmasının, uygulamada alacağın miktarının baştan tam olarak belirli olmadığı ve bu belirlemenin dava açan alacaklı tarafından yapılmasının da mümkün olmadığı durumlarda hak kayıplarına yol açabileceği söylenemez. Zira, bu gibi talepler bakımından hukukumuzda HMK m. 107 hükmüyle belirsiz alacak davası açılması olanağı kabul edilmiştir³⁹. Bu bağlamda, özellikle iş hukukundan doğan bazı talepler bakımından, davacı dava açmadan önce iyi düşünmeli, hesabını iyi yapmalı ve ona göre dava açmalıdır. Eski alışkanlıklarla⁴⁰ artık salt dava dilekçesinde vakıaları sıralayarak “fazlaya hakların saklı tutulduğu” ibaresi eklenerek kısmî bir dava açma dönemi sona ermiştir⁴¹.

meli, davacıya açtığı kısmî davayı harcı tamamlayarak tam dava olarak devam ettirmesi yolunda kesin süre vermeli, davacı verilen sürede gereğini yapmazsa, o zaman kısmî davayı hukuki yarar yokluğundan reddetmemelidir (YILMAZ-HMK Şerhi, s. 770). Kanımızca, kısmî davanın açılması koşullarının bulunmaması halinde, mahkeme tarafından davacıya, davasını tam eda davasına dönüştürmesi için süre verilmemelidir. Çünkü, hukuki yarar, noksanlığı sonradan giderilebilecek dava şartları arasında yer almaz. Buna paralel olarak koşulları oluşmadan açılan belirsiz alacak davalarında da, mahkemenin davayı hukuki yarar yokluğundan reddetmesi gerektiği hakkında bkz. ASLAN, K./AKYOL ASLAN, L./KİRAZ, T. Ö.: Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, I, s. 975-1024).

³⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 481 vd.; PEKCANITEZ, H.: HMK Değerlendirmesi, HUKAB Yayınları, Ankara-2012, s. 76.

⁴⁰ Bu tür davaların açılmasına uygulamanın da destek verdiği hakkında bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ ÖZEKES, s. 481 dn. 42.

⁴¹ PEKCANITEZ-Belirsiz Alacak Davası, s. 47.

2) Yargı Organlarının Tutumu

a) Yargıtay Uygulaması

Yargıtay, alacağın miktarının açıkça belirli ve tartışmasız olduğu hallerde⁴² kısmî dava açılmayacağını kabul etmekle birlikte⁴³, HMK m. 109/2 hükmüyle getirilmiş olan düzenlemeyi geniş olarak yorumlamıştır⁴⁴. Yargıtay hangi talepler bakımından kısmî dava (ve belirsiz alacak davası) açılmasının mümkün olduğunu belirlerken, icra hukukunda icra inkar tazminatları bakımından başvuru olan “likit alacak” kavramından hareket etmiş⁴⁵, alacağın likit olmadığı hallerde kısmî dava açılmasının mümkün olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay kararlarında kısmî davanın genellikle belirsiz alacak davasıyla birlikte değerlendirildiği görülmektedir⁴⁶. Yargıtay uygulamasında çoğunlukla ve özellikle (aslında doktrinde de olduğu gibi) iş hukukuna ilişkin talepler bakımından kısmî dava (ve belirsiz alacak davası) açılmasının mümkün olup olmadığı ele alınmış ve genellikle iş hukukuna ilişkin talepler bakımından belirsiz alacak davası ve kısmî dava açılmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁴⁷. Hatta Yargıtay, kısmî

⁴² Yargıtay HMK’nun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan kısmî davalar bakımından, HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen şartların aranmayacağına karar vermiştir. Örneğin bkz. (19. HD, 24.01.2013, 16281/1417: ATEŞ, s. 445-446).

⁴³ Örneğin: “[...] Alacağın miktarının açıkça belirli olduğu, taraflarca kolayca belirlenebilir olduğu durumda ne kısmî dava ne de belirsiz alacak veya tespit davası açılmasında hukuki yarar bulunduğu bahsedilemez. Somut olayda davaya konu geç ödenen aylıklık aylığı miktarının, aylıkların ödenmesi gereken tarihlerin, fiili ödemenin yapıldığı tarihin, yani faiz başlangıç ve bitiş tarihlerinin ve nihayet yasal faiz oranlarının bilindiği tartışmasızdır. Yasal faiz oranlarının uygulanmasından ibaret faiz alacağı tam ve kesin olarak tespit edilebilir olduğundan ne tespit, ne belirsiz alacak ve tespit ne de kısmî dava açılması şartları bulunmadığı anlaşıldığından, 6100 sayılı Kanun sistematığı açısından da hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir” (10. HD, 1.3.2012, 9799/3613: YILMAZ-Şerh, s. 767-768).

⁴⁴ Örneğin bkz. (9. HD, 27.02.2012, 1757/5742: YILMAZ-Şerh, s. 754-756).

⁴⁵ Esasen “likit alacak” kriterinin belirsiz alacak ve kısmî dava bakımından da kullanılabilir bir ölçüt olduğu doktrin tarafından da savunulmuştur. Örneğin bkz. YILMAZ-Şerh, s. 743 vd.

⁴⁶ Örneğin bkz. (9. HD, 26.11.2014, 31734/35646: MİHDER, 2015/1, s. 109-115).

⁴⁷ Örneğin, “İşçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, bu alacaklarda, talep konusunun miktarını taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulünün de doğru olmayacağını, talep konusu işçilik alacaklarının belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesi daha doğru olacaktır [...] Dava konusu fazla mesai ve kıdem tazminatı istemi için HMK m. 109/2 anlamında talep konusunun miktarını taraflar ara-

davanın koşullarını taşımayan bir davanın hukuki yarar yokluğundan dolayı reddedilemeyeceğine, davacıya talebini açıklayarak davasının tam eda davasına dönüştürmesi ve böylece hukuki yarar noksanlığını gidermesi için mahkemece süre verilmesi gerektiğine de hükmetmiştir⁴⁸. Oysa, kanımızca hukuki yarar eksikliği sonradan giderilebilecek dava şartlarından birisi değildir⁴⁹.

b) Anayasa Mahkemesi Kararı

HMK m. 109/2 hükmü ile getirilen düzenlemenin, Anayasa'nın 2, 13, 36 ve 141'inci maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle bazı ilk derece mahkemeleri⁵⁰ tarafından somut norm denetimi kapsamında Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş, ancak Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararının önemli kısımlarının burada aktarılmasının yararlı olacağını düşünüyoruz. Anayasa Mahkemesi, hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığını tespit ederken, şu gerekçelere dayanmıştır:

“Hukuk politikasının belirlenmesinde kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu açıktır. Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin ku-

sında tartışmasız veya açıkça belirli olduğundan söz edilmesi mümkün değildir [...]” (HGK 17.10.2012, 9-838/715: ATEŞ, s. 449 vd.); “[...] Tazminat ve alacaklar açıkça belirli değildir. Yargılama sırasında hesap raporu alınmasını, tazminat ve alacağı esas ücretin tespit edilmesini gerektirmektedir. Kısmî dava açılmasında yasanın aradığı unsurlar ve hukuki yarar şartı gerçekleştiğinden davanın görülmesi gerekir. Aksi gerekçe ile davanın usulden reddi doğru değildir [...]” (3. HD, 11.4.2013, 4396/6220: ATEŞ, s. 457 vd.); “[...] Fazla mesai, ulusal bayram genel tatil ücret alacakları ile kıdem ve ihbar tazminatları, istemlerin miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğundan söz edilmesi mümkün değildir” (22. HD, 13.11.2012, 5496/25006: ATEŞ, s. 448-449).

⁴⁸ Örneğin, “[...] Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmî dava açılmaz ise de, dava ve usul ekonomisi bakımından aynı Yasa'nın 115/2 maddesi uyarınca davasını tam dava olarak devam ettirmesi ve harcı tamamlaması konusunda davacı vekiline kesin süre verilerek sonucuna göre işlem yapılması gerekirken bu yönler gözetilmeksizin davanın usulden reddi isabetsizidir” (19. HD, 29.01.2013, 14789/1627: ATEŞ, s. 467).

⁴⁹ Bu bağlamda, gerek kısmî dava gerekse belirsiz alacak davası açılmasının koşulları oluşmaması ise mahkemenin hukuki yarar noksanlığı nedeniyle davanın usulden reddine karar vermesi gerekir. Bu doğrultuda bkz. ASLAN./ AKYOL ASLAN/KİRAZ: s. 975 vd.

⁵⁰ Kocaeli 1. İş Mahkemesi ve Söğüt Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmıştır.

ruluğu, görev ve yetkileri, işleyişleri ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiş olup, itiraz konusu kural yargılama usulleri kapsamında ele alınacak bir düzenlemedir. Bu nedenle **kanun koyucu anayasal sınırlar içinde kalmak koşuluyla yargılama usullerine ilişkin hususlarda takdir yetkisi kapsamında düzenlemeler yapabilir**. Ancak, kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan bu takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

İtiraz konusu düzenleme ile kanun koyucunun, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olması halinde kısmî dava açılmayacağı hükmüne yer vererek, **bölünebilir taleplere ilişkin dava hakkının kötüye kullanımının önüne geçmeyi, hukuki uyumsuzlukların bir an önce kesin hükme bağlanması suretiyle hukuksal barışın korunmasını ve talep konusunun taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli olduğu alacak iddialarının kısım kısım dermeyan edilmesi suretiyle dava sayısının artışını engelleyerek yargılama faaliyetinin hızlandırılmasını amaçladığı anlaşılmaktadır**. Özellikle mahkemelerin iş yükü, hukuki uyumsuzlukların karara bağlanmasında geçen uzun sürelerin başka hak ihlallerine neden olması ve bu sorunun yalnızca ülkemiz açısından geçerli olmayıp, birçok hukuk sistemi tarafından ortak bir sorun olarak paylaşılması ve bu noktada hukuki uyumsuzlukların çözümünü hızlandıran usul hükümlerinin gerekliliği gözetildiğinde, **talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olması halinde kısmî dava açılmayacağına ilişkin düzenleme kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kalmaktadır**.

Anayasa'nın "hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Buna göre, hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan iddia ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksansız kullanımının ve âdil yargılanmanın engellenmesi Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 36. maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak

iddia ve savunma hakkına sahiptir. **“Meşru vasıta ve yollar” ibaresi, hukuk düzenine uygun vasıta ve yollar anlamına gelmektedir.** Anayasa’nın 142. maddesinde **“Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.”** denilerek bu alanların Anayasa’ya uygun olarak düzenlenmesi yasama organına bırakılmıştır.

Anayasa’nın 13. maddesinde, **“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”** denilmiştir.

Anayasa’nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir. Hak arama özgürlüğü Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa’nın 142. ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasa’nın 141. maddelerinin, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır.

İtiraz konusu kural uyarınca, niteliği itibarıyla bölünebilir ancak belirli ve tartışmasız olan alacak hakkı sahibine, hukuki uyumsuzluğa ve hukuki korunma ihtiyacına ilişkin talebini, iddia ve delillerini yargı makamları önünde dava yoluyla ileri sürme imkânı verilmiştir. **Talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olması halinde kısmî dava açılmayacağı belirtilmiş olmakla, yargılama sürecinin hızlandırılması ve uyumsuzlukların kısa sürede sonuca bağlanmasını amaçladığı anlaşılan düzenlemenin hakkın özüne dokunduğu ve hakkı anlamsız kılacak dereceye vardığı söylenemez.**

Anayasa’nın 141. maddesinde **“Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”** denilmektedir. Bu hükümle usul ekonomisi ilkesine işaret edilmiştir. Uyumsuzlukların söz konusu ilkeye göre çözümlenmesinde hem bireyin hem de kamunun yararı söz konusudur. **Aynı hukuki ilişkiden doğan ve talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğu bir alacak**

hakkının kısımlara ayrılarak dava edilmesi yerine tek bir dava konusu edilerek uyuşmazlığın kısa sürede çözümlenmesini öngören itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 141. maddesine de aykırı olmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 13., 36. ve 141. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir”.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi kanaatimizce isabetli olan bu kararıyla, kısmî davaya ilişkin HMK m.109/2 hükmü ile getirilen düzenlemeyi yargılama usulüne ilişkin bir düzenleme olarak nitelendirdikten sonra, söz konusu düzenlemenin kanun koyucunun takdirinde olan bir husus olduğunu, bu yetkinin adalet ve kamu yararı ölçütlerine göre kullanılması gerektiğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin dayandığı en önemli gerekçelerden birisi de, söz konusu kuralın usul ekonomisi ilkesini gerçekleştirmeye yönelik olduğudur. Yüksek mahkeme, anayasal hükümler arasında bir tercih yapılamayacağını, bazen Anayasa'nın bir hükmünün diğerinin sınırını teşkil edebileceğini belirterek, hak arama özgürlüğü ile usul ekonomisi ilkesinin karşı karşıya geldiği somut durumda, kanun koyucunun usul ekonomisi ilkesini tercih eden bir düzenleme yapmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde kısmî dava açılmasına cevaz verilmemiş olmasının amacı, yargılama sürecinin hızlandırılması ve uyuşmazlıkların kısa sürede sonuca bağlanmasıdır. Bu amaçlar gözetildiğinde, kısmî davaya ilişkin söz konusu düzenlemenin, hakkın özüne dokunduğu ve hakkı anlamsız kılacak dereceye vardığı da söylenemez.

Doktrinde bazı yazarlar Anayasa Mahkemesi'nin kararını, özellikle hak arama özgürlüğü çerçevesinde eleştirirken⁵¹; bazı yazarlar ise kısmî dava kurumunun amaçları, usul ekonomisi ilkesi, hukuki yarar ve dürüstlük kuralı çerçevesinde kanaatimizce de isabetli olarak değerlendirmiştir⁵².

⁵¹ AKİL, s. 99 vd.

⁵² ÖZEKES, M.: Anayasa Mahkemesi'nin Kararı Karşısında Kısmî Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu, Belirli-Belirsiz-Belirlenebilir Alacak Ayrımı (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan, C. 2, Ankara-2014, s. 1589-1606).

D) DEĞERLENDİRME

1) Hak Arama Özgürlüğü Açısından

Kısmî dava kurumu mülga HUMK'nda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, hukukumuzda kısmî dava açılmasının mümkün olduğu kabul edilmekteydi ve kısmî dava oldukça geniş bir uygulama alanına sahipti. Hatta neredeyse her davanın kısmî dava şeklinde açılması şeklinde bir alışkanlık dahi oluşmuştu. Kısmî dava şeklinde açılması mümkün olmayan davalarda dahi fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak kısmî dava açılmaktaydı. Bunun bir nedeni, Yargıtay'ın o dönemde kısmî davada fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmadığı takdirde, alacağın dava dışı kalan kısmından zımnen feragat edilmiş sayılacağı şeklindeki isabetli olmayan⁵³ uygulaması idi. Mülga HUMK'nun yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay'ın kısmî dava açılmasına getirdiği sınırlamalar, dürüstlük kuralıyla sınırlıydı⁵⁴. Ya-

⁵³ Geniş bilgi için bkz. AKYOL ASLAN, L.: Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara-2011, s. 152 vd.; AKİL, s. 235 vd.

⁵⁴ Örneğin bkz. "Hükmün,davalı avukatı tarafından temyiz edilmesi üzerine, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldıktan ve tetkik hâkimi tarafından düzenlenen raporla dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi. Davacı tarafından, fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak koşuluyla, 20.00 YTL'nin tahsili istemiyle açılan dava sonucu verilen kabul kararı, 16.11.2006 tarihinde kesinleşmiş olup; saklı tutulan haklar tutarını oluşturan 163,94 YTL'nin tahsiline yönelik eldeki dava ise, 22.06.2006 tarihinde açılmış ve her iki dava sonucu kurulan hükümde de, davacı taraf yararına, karar tarihinde geçerli tarife uyarınca maktu vekâlet ücretine hükmedilmiştir. "Medeni Kanun'da yer alan dürüstlük ilkesi (TMK m. 2) genel bir hukuk ilkesi olup, usul hukukunda da geçerlidir [...] Devletin bir kurumu olan mahkemenin haksız, hileli ve kanuna aykırı şekilde bir yargılama ile uyuşmazlığı çözümlenmesi düşünülemez. Ayrıca dürüstlük kuralı, kamu yararı açısından da dikkate alınmayı gerektirir. Çünkü, davanın usul ekonomisine uygun şekilde sonuçlanması, ancak dürüstlük kuralının medeni usul hukukunda da geçerli olması ve hâkim tarafından kendiliğinden nazara alınmasıyla mümkün olur (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez/Prof. Dr. Oğuz Atalay/Doç. Dr. Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Ankara 2007, s. 275-277) kısmî dava açılmasını engelleyen bir yasal düzenleme bulunmamakla birlikte; hâkim tarafından re'sen uygulanması gereken iyiniyet kuralına, taraflar ve avukatların da uyma yükümlülüğü gözetildiğinde; alacağın küçük parçalara bölünmesi suretiyle ayrı davalara konu yapılarak, birden fazla vekâlet ücreti edinilmesine yol açar şekilde dava hakkının kötüye kullanılmasının, yukarıdaki hukuksal ilkeler ışığında korunmasına olanak bulunmadığı ve bu yönün kamu düzenine ilişkin olduğu gözetilmeksizin, davalı Kurumun toplam borcun çok üzerinde vekâlet ücreti ve yargılama gideriyle sorumluluğuna yol açılması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir" (10. HD, 29.01.2008, 5188/645: www.yargitay.gov.tr).
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ni, dürüstlük kuralına⁵⁵ aykırılık teşkil etmediği sürece bölünebilir her talebin kısmî dava şeklinde açılmasına bir engel görülmemekteydi. O halde, her dava gibi kısmî dava açma hakkı da dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılamazdı⁵⁶.

Mülga HUMK’nu zamanındaki kısmî dava uygulamasını dikkate alan kanun koyucu HMK’nda kısmî dava açılmasını bazı şartların gerçekleşmesine tâbi kılmış, böylece kısmî dava açılması olanağını sınırlandırmıştır. Bu sınırlama artık yürürlükten kalkmış olan HMK m. 109/2 hükmünde “*Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmî dava açılmaz*” şeklinde yer almaktaydı. Kanun koyucu ilk defa pozitif olarak HMK’nda düzenlenmiş olan kısmî dava kurumuyla ilgili bu sınırlamanın nedenini hükmün gerekçesinde şu şekilde ifade etmiştir: “*Maddenin ikinci fıkrasında talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli olması durumunda kısmî davanın açılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla kısmî dâva kurumunun amaç dışı kullanılmasının önüne geçilmek istenmiş, yani sözü edilen hâlde davacının kısmî dava açmakta hukukî yararının bulunmadığı kabul edilmiştir*”

Görüldüğü üzere, oldukça kısa sayılabilecek bu gerekçede, kanun koyucu özellikle iki hususu vurgulamıştır: İlk olarak kanun koyucu HUMK zamanında kısmî dava kurumunun amaç dışı kullanıldığı tespitinden hareket etmiştir. Bölünebilir her talebin kısmî dava şeklinde yargı organı önüne getirilmesi, kanun koyucu tarafından kısmî davanın amaç dışı kullanılması olarak nitelendirilmiştir. Ancak bundan hareketle HMK m. 109/2 hükmündeki şartları taşıyan bir kısmî dava açılmasının amaca uygun olacağını kabul ederek söz konusu hükmü vazetmiştir. Kanaatimizce, kanun koyucunun bu gerekçesi yerindeydi. Gerçekten de, yargılamanın kamusal boyutu ve özellikle usul ekonomisi ilkesi dikkate alındığında, kısmî

⁵⁵ Dava hakkının dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerektiği hakkında bkz. ARSLAN, R.: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara-1989, s. 71 vd.

⁵⁶ ARSLAN’a göre, dava hakkının dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmasında çoğu zaman davacının hukuki yararı yoktur. Davacının hukuk düzeni tarafından korunmaya değer bir yararının olmadığı hallerde, davanın dava şartının bulunmadığı gerekçesiyle sulden reddi gerekecektir. Esasen birçok halde davacının hukuki yararının bulunup bulunmadığı dürüstlük kuralının olaya uygulanmasıyla saptanacaktır. Nitekim, Yargıtay da pek çok kararında bu genel kuralı dava konusu olaya uygulayarak dava hakkının bulunmadığı sonucuna varmıştır (ARSLAN, s. 73-74).

dava kurumu, bölünebilir her talebin hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın kısmî dava şeklinde mahkemeye taşınmasının bir aracı olmamalıdır. İkinci olarak, yine kanaatimizce isabetli olarak, kanun koyucu HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen şartları taşımayan bir kısmî dava açılmasında hukuki yarar görmemiştir. Bir başka deyişle, alacağın miktarı taraflar arasında tartışmalı veya açıkça belirli olmadığı durumlarda kısmî dava açılmasında hukuki yararın bulunacağı kabul edilmiştir.

Kanun koyucunun HMK m. 109/2 hükmünde, özellikle HUMK zamanındaki uygulamayı dikkate alarak yapmış olduğu bu düzenleme, hemen her yenilikte olduğu gibi doktrin ve uygulama tarafından olumsuz bir tepkiyle karşılaşmış, yukarıda da belirtildiği üzere, doktrinde bazı yazarlar tarafından söz konusu düzenleme doğru bulunmamıştır. Buna gerekçe olarak, kısmî dava kurumuna bu şekilde getirilen sınırlamanın hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı, bu düzenlemenin tasarruf ilkesiyle de bağdaşmadığı ifade edilmiştir⁵⁷. Bazı yazarlar ise, alacağın miktarının belirli olduğu hallerde kısmî dava açılmasında hukuki bir yarar bulunmayıp ekonomik bir yarar bulunduğu iddiasının doğru olmadığını, ekonomik yararın da sonuçta bir hukuki yarar olduğunu ifade etmiştir⁵⁸.

Kanaatimizce, HMK m. 109/2 hükmünün yürürlükten kaldırılmış olmasının hukuki yarar ve hak arama özgürlüğünün ötesinde asıl nedeni, HMK m. 109/2 hükmünde yeterince açık ve net ifadeler kullanılmamış olduğu, getirilen ölçütlerin belirsiz olduğu; rafine olmadığı düşüncesidir⁵⁹.

⁵⁷ AKİL, s. 101 vd.; SİMİL, s. 100 vd.; SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 169-170.

⁵⁸ KARSLI/KOÇ/KONURALP, s. 57.

⁵⁹ Esasında HMK m. 109/2 hükmüne ilişkin kanun değişikliği teklifinin ilk halinde kısmî davaya ilişkin HMK m. 109/2 hükmünün bütünüyle yürürlükten kaldırılması teklif edilmiş, “bir defadan fazla” kısmî dava açılmaz şeklinde bir düzenleme getirilmek istenmiştir. Ancak, Adalet Komisyonu’nda değişiklik öneren ilgâ önergesi kabul edilmiş ve maddenin yürürlükten kaldırılması yoluna gidilmiştir. Adalet Komisyonu’nun katılmadığımız, söz konusu değişiklik gerekçesi şu şekildedir: “*Kısmî dava ikame etme hakkının pozitif ve süpra pozitif sınırı, hakkın kötüye kullanılması yasağı (usuli dürüstlük ilkesi)dir (TMK.m.2, HMK.m.29, Any.m.2, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü, m.38/1-c). Açılmış bir kısmî davanın dürüstlük kuralına uygunluğu veya aykırılığı sorunu, her davanın niteliğine ve somutlandırılmasına göre çözülebilecek bir sorundur. Açıkça belirli veya tartışmasız alacaklar bakımından öngörülen “kısmî dava açma yasağı”, gerek maddi ve gerekse şekli hukuk, özellikle usuli dürüstlük ilkeleriyle bağdaşmaz. Gerçekten; a) Kesin alacağı vücut veren hukuki sebebe yönelik geçersizlik itirazlarının talebi çökertme olasılığı daima mevcuttur. Bu risklere karşı alacaklıyı koruma işlevi gören kısmî dava hakkından yoksun bırakılma, temel haklar rejimi ve yargılama hukuku ilkeleri içinde açıklanamaz* YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

(Any.m.13,36). Sözgelimi kesin alacağın tecessüm ettiği senedin, alacaklının bilgisi dışında olan ehliyetsizlik sebebiyle butlanı riskinin tam dava halinde yolaçacağı dava yüklerinden korunmayı sağlayacak yegane mekanizma, ön-kısmî davadır. b) Alacaklının, kestirilemeyen riskler karşısında, kesin gibi görülen ve mahiyetinde bölünebilen edimler konusunda en çok bir def'a kısmî dava açabilme hakkı tanınmalıdır; daha doğrusu mevcut olan bu dava hakkı, bu şekilde sınırlanmalıdır. Teklif, maddeye "bir defadan fazla" kaydı eklenerek, alacaklının bu davayı ikamede hukuki menfaatinin varolduğunu farzetmektedir. Kaldı ki bu gibi hallerde bir defalık kısmî dava açılmasında hukuki menfaat, fiilen de mevcuttur (HMK.m.114/h). Bu bağlamda kesinliğe rağmen dava açılmasına sebebiyet veren borçlunun direnci (temerrüdü/irâdi ifadan kaçınması), bölünebilen edimlerde kısmî ifa gibi maddi hukuk normları da gözetilmeyerek alacaklıyı tam-eda davasına zorlamak, tasarruf hakkını yok saymakla özdeştir (Any.m.36, HMK.m.24, AİHS.m.6). Dava konusunun kapsam ve miktarını belirlemek, tasarruf hakkının bir unsuru olduktan başka hak arama özgürlüğün de kaçınılmaz bir gereğidir. Öte yandan "davanın" bir medeni savaş olduğu, tarafların iddia-savunma stratejilerine taalluk eden alanların -olabildiğince- extra-legal olarak kalması gerektiği hususu unutulmamalıdır. Teklifin usûl ekonomisi ve hakka hızlı erişim ilkeleriyle de bağdaşmaz bir yanı yoktur. Hakka güvenli erişimi iskalaayan bir hız, usul ekonomisi ilkesinin içselleştiremeyeceği bir irrasyonalliteyi ima eder. Esasen mukayeseli hukuk verileri de kesin alacaklar bakımından mutlak bir kısmî dava yaşağını öngörmektedir. c) Kesin (tartışmasız veya açıkça belirli) alacaklar bakımından kısmî davayı izleyen ek-dava dışında, aynı konuda bir üçüncü dava ikamesinde (taleplerin parçalara bölünmesinde) alacaklının hukuki menfaati yoktur ve bu hal usuli dürüstlük ilkesi ile bağdaşmaz. d) Kesin olmayan alacaklar bakımından kısmî davanın ikamesi ve taaddüdü (dava sayısı), anlaşmazlığın somut yapısı içinde dava hâkiminin ve içtihat hukukunun takdirdindedir. Sözgelimi, onlarca yıl süren bir iş göremezlik tazminatı davasında alacağın varsayımlarında yaşanan gerçekleştirmelerin zarara zorunlu yansıtılmasının getireceği kısmî dava hakları önlenemez. (Kontrol kaydını muhtevi/temadi eden zararlar da durum böyledir). Alacaklının bu hallerde belirsiz alacak davası ikame etme hakkı da vardır. Teklif, yürürlükteki kuralın (HMK.109/2 hükmünün) aynı maddenin üçüncü fıkrasının dayandığı felsefe ile kısmî çatışmasını önlemekte(I), özellikle belirsiz alacak davalarında yaşanan yargısal sorunlarda seçenek üretme(II) ve giderek hakka etkili ve güvenli erişim amacını öne almaktadır(III). (Bkz. Prof. Dr. Arslan, Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ank.1989; Dr. Hanağası Emel, Davada Menfaat, Ank.2009 Dr. Akil, Cenk, Kısmî Dava, Ank.2013; Prof. Dr. Pekcanitez, Hakan, Belirsiz Alacak Davası, Ank.2011; Prof. Dr. Özekes Muhammet, Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmî Dava İle Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan içinde); Dr. Simil, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İst.2013. (Özellikle, s.98 ve dev., 111 ve dev. 132 ve dev.). Dr. Ercan, İbrahim, Belirsiz Alacak ve Tespit Davası, Konya 2013; Çil Şahin-Kar Bektaş, İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmî Dava, Ank.2012. Anayasa Mahkemesi K. 24.5.2012 t, 134/83-E/K)." Önerge, ihdas talebinin kabulü ile yeni bir madde olarak müzakereye açılmış ve Komisyonca ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Bölünebilen edimlerde, alacak kesinlik görüntüsü içinde olsa dahi kısmî dava hakkının yasaklanamayacağı(I), giderek bu konuda sayı sınırının da konamayacağı(II), davanın somut niteliğine göre dürüstlük kuralına

YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

Söz konusu hükümde yer alan “talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olması” halinde kısmî dava açılmayacağı ölçütü, doktrin tarafından yeterince sarih bulunmamıştır⁶⁰. Doktrinde talep konusunun ne zaman, yani hangi tür talepler bakımından açıkça belirli, belirsiz veya tartışmasız sayılacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu tartışma ve farklılık yukarıda da belirtildiği üzere özellikle iş hukukuna ilişkin talepler bakımından ortaya çıkmıştır. Özellikle HMK m. 107 hükmünde düzenlenmiş olan belirsiz alacak ve tespit davası da dikkate alındığında, söz konusu ölçütlerin uygulanmasının daha da zor olduğu, hangi taleplerin kısmî davaya hangi taleplerin belirsiz alacak davasına konu olacağı hususunda adeta bir “kafa karışıklığı” yaşanmıştır. HMK m. 107 hükmünde yer alan belirsiz alacak davası, HMK Tasarısı’nda yer almamış, Adalet Komisyonu’nda kanuna eklenmiş, böylece kısmî dava ile belirsiz alacak davasına ilişkin hükümler arasında bir uyum sağlanamamış, bu nedenle açılma koşulları dikkate alındığında belirsiz alacak davasının, kısmî dava kurumunun uygulanmasını olanaksız hale getireceği ileri sürülmüştür⁶¹. Kanunda belirsiz alacak davası ile kısmî dava arasındaki fark ortaya konulamamıştır⁶². Bu ise, uygulamada bazı sorunları beraberinde getirmiş, hangi talepler bakımından hangi davanın açılacağı konusunda tereddütler ve farklı içtihatlar ortaya çıkmıştır.

Kanaatimizce, HMK m. 109 hükmünde kısmî dava açılabilmesi için öngörülmüş olan ölçütlerin yeterince açık olmadığı eleştirisinde haklılık

aykırılık var ise bu konuda bir usulî ve içtihadî boşluğun bulunmadığı (HMK m. 29, TMK m.2,3) (III), Hukuk Muhakemeleri Kanununun 109/2 hükmünün hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı ile çatışma içinde olduğu (Anayasa m. 36) (IV), tasarruf ilkesiyle de çeliştiği (Anayasa m. 35, HMK m. 29/1) (V) ortaya konmuş ve fıkranın yürürlükten kaldırılması eğilimi, Komisyon bütümünde yoğunluk kazanmıştır. Beliren eğilim doğrultusunda “MADDE 4- 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 109 uncu maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.” biçimindeki değişiklik öngören ilga önergesi kabul edilerek çerçeve 4’üncü madde olarak ihdas edilmiştir”.

⁶⁰ Hatta hükümde yer alan “veya açıkça belirli ise” bölümünün uygulanamayacağı ileri sürülmüştür. Nitekim, görüşü ileri süren UMAR’a göre, “Talep konusunun miktarı tartışmalı olduğu halde o miktarın ne olduğunun açıkça belli olduğu olsa olsa mahkemede hükme bağlanabilir, yoksa davacının veya davalının, hasım bunu inkâr ettiği halde, bellidir demesiyle olmaz; davada hükme bağlamak ise ancak dava açmak mümkün idiyse olur” (UMAR-Şerh, s. 330).

⁶¹ KURU-Kısmî Alacak Davası, s. 1066 vd.; AKİL, s. 69 vd.

⁶² KARSLI/KOÇ/KONURALP, s. 57.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

payı vardır. Gerçekten de hangi taleplerin taraflar arasında açıkça belirli olduğu ya da taraflar arasında tartışmasız olduğunu her zaman kolaylıkla tespit etmek mümkün olmayabilir. Oysa, hak aramanın yolları açık ve anlaşılır olmalıdır. Bu aynı zamanda etkin hukuki himayenin⁶³ de bir gereğidir. Hak arayanlar mahkemeye başvururken tereddüt içinde olmamalı, talebin kanunun aradığı şekilde mahkemeye getirilmediği gerekçesiyle reddedilmesi endişesini taşımamalıdır. Zira, etkin hukuki himayenin temin edilmiş olduğundan söz edilebilmesi için, mahkemeye başvuru yollarının da yeterince açık ve anlaşılır olması gerekir⁶⁴. Öte yandan, HMK m. 107 hükmünde öngörülmüş olan belirsiz alacak davası ile HMK m. 109 hükmünde öngörülmüş olan kısmî dava arasında gerekli uyumun sağlanamadığı, bu hükümlerin uygulanma alanının belirlenmesinde çeşitli güçlükler olduğu eleştirisi de bir ölçüde haklıdır. Her iki hüküm arasında lâfzi mânâda bir uyumsuzluk olduğu açıktır. Her ne kadar hükümlerin konuluş amacında hareket edilerek doğru uygulanmaları mümkün ise de, yine de belirsiz alacak davasının kabul edilmesi nedeniyle kısmî davaya ilişkin hükmün gözden geçirilmesi, revize edilmesi gerekirdi⁶⁵.

Kısmî davaya ilişkin HMK m. 109/2 hükmü, getirmiş olduğu muğlak ölçütler, bünyesinde barındırdığı belirsizlikler, belirsiz alacak davasıyla olan farklarının ortaya konulamadığı düşüncesi, doktrinde aleyhte olan görüşler ve farklı uygulamalar nedeniyle kanun koyucu tarafından yaklaşık dört senelik bir uygulamadan sonra yürürlükten kaldırılmıştır. Burada irdelenmesi ve sorgulanması gereken, hükmün düzeltilmesi ya da değiştirilmesi yerine bütünüyle yürürlükten kaldırılmış olmasının doğru olup olmadığı hususudur.

Kanaatimizce, yukarıda HMK m. 109/2 hükmüne getirilen eleştirilerde bir ölçüde haklılık payı bulunmakta ise de, hükmün düzeltilmesi (değiştirilmesi) yerine bütünüyle yürürlükten kaldırılması isabetli olmamıştır. Zira, söz konusu hükme ilişkin olarak getirilen eleştiriler tek başına hükmün bütünüyle yürürlükten kaldırılması için yeterli değildir. İlk olarak, kısmî davaya ilişkin olarak m. 109/2 hükmünde getirilen sınırlamanın hak

⁶³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. AKKAN, M.: Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Himaye (MİHDER, 2007/1, s. 29-68).

⁶⁴ AKİL, s. 101.-102.

⁶⁵ ÖZEKES, M.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirmesi, HUKAB Yayınları, Ankara-2012, s. 85.

arama özgürlüğüne aykırı olduğu, hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı eleştirisi tamamen haklı bir eleştiri sayılamaz. Çünkü, kısmî dava açılması olanağının belirli koşullara bağlanmış olması, davaya konu olan talebin mahkeme önüne getirilmesi hakkını ortadan kaldırmamakta, mahkemeye başvuru olanağını ve adalete erişimi bertaraf etmemektedir. Davacı, kısmî dava şeklinde olmasa bile tam dava açarak talebini mahkeme önüne getirme hakkını muhafaza etmektedir. Kısmî dava hususunda mahkemeye başvuru yolu kapatılmış değildir. Sadece kısmî dava şeklinde dava açılmasının belirli talepler bakımından mümkün olması, tek başına hak arama özgürlüğünün sınırlanması anlamına gelmemelidir. Kaldı ki, kanun koyucunun kısmî dava açma hakkını sınırlandırmasındaki amaç ve gerekçe, dava hakkının kötüye kullanılmasına engel olunmasıdır. Bir diğer amaç ise gereksiz yere davalar açılarak yargı organının meşgul edilmesinin önlenmesi, böylece emek, zaman ve masraftan tasarrufu öngören ve aynı zamanda Anayasa'da (Anys. m. 141) ve HMK m. 30 hükmünde ifadesini bulan usul ekonomisi ilkesinin gerçekleştirilmesidir. Bir hukuk devletinde taleplerin kural olarak kısmî dava şeklinde, istisnai olarak tam dava şeklinde mahkemeye taşınması değil, bunun tam tersi şekilde mahkemeye getirilmesi esastır. Başka bir deyişle, kısmî davanın istisnai bir dava türü olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kısmî dava istisnai bir dava türüdür; çünkü bir defa her talebin (bölünemeyen taleplerin) kısmî dava şeklinde açılması olanaksızdır. Ayrıca, kısmî dava ancak konuda öngörülmüş koşulların gerçekleşmesi halinde açılacak bir dava olduğu için de istisnai bir davadır. Anayasa'nın 36. maddesine göre herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde iddia ve savunma hakkına sahiptir. Kanun koyucu HMK m. 109/2 hükmündeki şartları taşımadığı halde kısmî dava açılmasını meşru vasıta ve yol olarak kabul etmemiş, ancak tam dava şeklinde talebi mahkemeye getirmeyi meşru vasıta ve yol olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda, kanunda öngörülen koşulları oluşmadan açılan bir kısmî davanın hukuk düzeninin öngördüğü koşullara uygun bir şekilde mahkeme önüne getirildiği söylenemeyecektir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen kararında “*meşru vasıta ve yollar*” ibaresinin, *hukuk düzenine uygun vasıta ve yollar anlamına geldiğini ifade etmiştir*. Dolayısıyla, kısmî davanın hak arama özgürlüğünü kısıtladığına ilişkin eleştirilere, yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararındaki gerekçeler çerçevesinde katılmıyoruz. Anayasa Mahkemesi tarafından

hak arama özgürlüğünü kısıtlamadığı ve böylece anayasaya da aykırı olmadığı tespit ve teyit edilmiş bir hükmün, bu yoldaki eleştirileri de karşılayacak şekilde düzeltilmesi ya da değiştirilmesi yerine, bütünüyle yürürlükten kaldırılması isabetli olmamıştır.

Öte yandan, alacağın miktarının belirli olduğu hallerde kısmî dava açılmasını caiz sayan gerekçelerin de, söz konusu hükmün yürürlükten kaldırılması için tek başına yeterli olmadığını düşünüyoruz. Yukarıda belirtildiği üzere, bir kere kısmî dava bütün hukuk düzenlerinde istisnasız kabul edilmiş bir dava türü değildir. Örneğin kısmî dava kurumu İngiliz ve Amerikan hukukunda kabul edilmemiştir. Kaldı ki, kısmî dava kurumun kabul edilip edilmemesi aslında bir hukuk politikası sorunudur. Kanun koyucu HMK'nda kısmî dava kurumunu bütünüyle yasaklamış, kısmî dava açılmasına cevaz vermemiş de olabilirdi. Nitekim, yukarıdaki Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi, kısmî dava açılıp açılmayacağı, açılabilirse de hangi şartlar altında açılacağı kanun koyucunun takdir yetkisinin kapsamında kalan hususlardır. Kısmî dava kurumunu bünyesinde barındırmayan bir hukuk düzeninin ya da usul kanununun eksik ya da yetersiz olduğu peşinen kabul edilebilecek bir yargı da değildir. Kaldı ki, mülga HMK m. 109/2 hükmüyle kısmî dava kurumu bütünüyle kaldırılmış ya da yasaklanmış da değildi. Zira, belirsiz alacaklar ile belirlenebilir alacaklar bakımından kısmî dava açılması mümkündü. Yasaklanan sadece, alacağın açıkça belirli olduğu hallerde kısmi dava açılmasının mümkün olmamasıydı.

2) Tasarruf İlkesi Açısından

Kısmî dava açılması hakkının sınırlandırılmasının tasarruf ilkesine aykırı olduğu eleştirisi de bütünüyle haklı değildir. Her ne kadar, HMK m. 24 hükmünde tasarruf ilkesi yargılamaya hâkim olan ilkeler arasında düzenlenmiş ise de, kısmî dava açılması hakkının belirli koşullara bağlanmış olmasının peşinen bu ilkeye aykırılık oluşturacağı kabul edilemez. HMK m. 24/1 hükmünde, hâkimin iki taraftan birinin talebi olmaksızın kendiliğinden bir davayı inceleyemeyeceği ve hükme bağlayamayacağı belirtilmiştir⁶⁶. Kısmî dava açılması hakkının belirli koşullara bağlanmasının bu açıdan tasarruf ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Zira, hâkim

⁶⁶ Davanın açılmasında tasarruf ilkesinin uygulama alanı hakkında ayrıntı için bkz. ME-RİÇ, s. 63 vd.

kısmî davayı da davacının talebi olmadan kendiliğinden inceleyemeyecek ve hükme bağlayamayacaktır. Bu açıdan, yargılamanın başlatılması açısından tam dava ile kısmî dava arasında bir fark yoktur. HMK m. 24/2 hükmünde ise, Kanunda açıkça belirtilmedikçe hiç kimsenin kendi lehine olan davayı açmaya ve hakkını talep etmeye zorlanamayacağı düzenlenmiştir. Davacıyı kısmî dava açmaya zorlayan bir kanun hükmü mevcut değildir. Davayı kısmî dava ya da tam dava şeklinde açmak davacının tasarrufundadır. Dava konusunun belirlenmesi de tasarruf ilkesi uyarınca davacının yetkisindedir⁶⁷. Mahkeme ancak davacı tarafından belirlenmiş olan konuda karar verebilir; davacının talep etmediği bir şey hakkında ya da talepten fazlasına mahkemece karar verilemez⁶⁸. Bu bağlamda, davacının kısmî dava açması halinde, mahkemenin dava konusu yapılmamış olan talep hakkında kendiliğinden karar vermesi mümkün değildir. Kanun koyucunun kısmî dava açılmasını bazı koşullara bağlaması nedeniyle, bu koşulları taşımayan bir talebin tam dava şeklinde mahkemeye getirilmesi zorunluluğu bulunmasının tasarruf ilkesine aykırı olacağı, davacının böylece hakkının tamamını dava etmeye zorlanmış olacağı düşünülebilir. Bir başka deyişle, tasarruf ilkesi uyarınca hiç kimse lehine de olsa bir davayı açmaya zorlanamayacağı gibi, hakkının tamamını dava etmeye de zorlanamaz. Tasarruf ilkesi her ne kadar yargılamaya hâkim olan bir ilke ise de (HMK m. 24), hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın uygulanabilecek bir ilke de değildir. Kanun koyucunun şu veya bu nedenle tasarruf ilkesine bazı sınırlamalar getirmesi mümkündür. Bu husus kanun koyucunun takdirindedir. Söz konusu sınırlamalardan örneğin kamu düzeni, kamu yararı⁶⁹ ya da usul ekonomisi düşüncesi⁷⁰ ile getirilmiş olabilir. Nitekim, kanun koyucu mülga HMK m.109/2 hükmü ile talep konusunun miktarı taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmî dava açılmaz şeklinde bir düzenleme yapmakla davacının bu talepler bakımından kısmî dava açmasında hukuki yararının bulunmadığını kabul etmiştir. Diğer bir deyişle, davacının hukuki yararının bulunmadığını varsayarak, kısmî dava açılması

⁶⁷ Bu konuda geniş bilgi için bkz. MERİÇ, s. 98 vd.

⁶⁸ SCHILKEN E.: Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Köln-Berlin-München- 2006, s. 182-183; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 357-358.

⁶⁹ Bu anlamda bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 338.

⁷⁰ Tasarruf ilkesi ile usul ekonomisi ilkesi arasındaki ilişki hakkında bkz. RÜZGARESEN, C.: Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara-2013, s. 123-124.

bakımından onun tasarruf yetkisini sınırlandırılmıştır. Davacı hukuki yararı bulunmadığı halde, salt tasarruf ilkesini gerekçe göstererek kısmî dava açma hakkına sahip olduğunu ileri sürememelidir. Kaldı ki, tasarruf ilkesi yargılamaya hâkim olan bir ilke ise (HMK m. 24) de kısmî dava açma olanağının sınırlandırılmasının gerekçesini teşkil eden usul ekonomisi ilkesi (HMK m. 30) de yargılamaya egemen olan bir ilkedir. HMK'na göre yargılamaya hâkim olan ilkeler arasında herhangi bir hiyerarşi öngörülmemiş, birinin diğerinden daha fazla öneme sahip olduğu da ifade edilmemiştir. Hangi ilkenin diğerine göre daha fazla dikkate alınması gerektiği her somut olaya ve menfaatler durumuna göre değerlendirilmelidir. Kanaatimizce incelemekte olduğumuz sorun bakımından, mülga HMK m. 109/2 hükmünün ve yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde de ifade edildiği gibi, tasarruf ilkesine nazaran usul ekonomisi ilkesinin daha üstün tutulması gerekir.

3) Hukuki Yarar Açısından

Doktrinde, talep konusunun miktarının açıkça belirli veya taraflar arasında tartışmasız olduğu hallerde de kısmî dava açılmasında hukuki yararın⁷¹ mevcut olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, kısmî davanın varlık sebebi, esas olarak davacının fazla bir yargılama masrafı yapmadan davanın akıbeti hakkında bilgi edinmesine olanak tanımaktır. Davayı kazanacağından emin olamayan davacı, alacağının yalnız bir kısmını dava ederek, daha az yargılama gideri ödemek suretiyle davasında haklı olup olmadığını öğrenir ve kısmî davayı kazandığı takdirde kalan alacağı için ek dava açar. Bu nedenle, davacının salt yargılama masraflarından tasarruf amacıyla kısmî dava açamayacağı, çünkü burada hukuki değil, ekonomik bir yarar olduğu her zaman söylenemez. Zira, davacı tasarruf ilkesi gereği dava açıp açmamakta özgür olduğu gibi dava konusunun sınırlarını belirlemekte de serbesttir. Ayrıca, davacının kısmî dava açarken salt ekonomik amaçla mı yoksa hem ekonomik hem de hukuki saikle mi hareket ettiğini tespit etmek de kolay değildir. Kaldı ki, açılan kısmî davada hukuki yarar bulunmaması nedeniyle, davanın usulden reddi davacı için ağır bir sonuç olacaktır⁷².

Doktrinde savunulan bu görüşe, alacağın miktarının belirsiz olduğu, alacağın miktarını belirlemenin güç olduğu ya da alacağın belirlenebilir

⁷¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. HANAĞASI, E.: Davada Menfaat, Ankara-2009.

⁷² AKİL, s. 75-76

olduğu hallerde katılmak mümkün olabilir ise de, alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde bu görüşe katılmak mümkün değildir. Bir başka deyişle, alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde, davacının bu gibi talepler bakımından da kısmî dava açmasında hukuki yararı bulunduğu yönündeki görüşe⁷³ katılmamaktayız. Zira, doktrinde de ifade edildiği üzere, her davada aranan hukuki yarar şartı kısmî dava bakımından da kuşkusuz aranacaktır⁷⁴. Bu nedenle, sadece dava konusu alacağın miktarının yüksek olması ve davanın reddi halinde yüksek yargılama giderlerine mahkûm edilme riskinden kurtulmak için kısmî dava açılmasında kanaatimizce de hukuki yarar yoktur. Aksine, burada davacı daha az yargılama gideri ödemek amacıyla, yani ekonomik kaygılarla hareket etmektedir. Bu ise, tek başına davacının hukuki yararının mevcut olduğu anlamına gelmemektedir⁷⁵.

Esasen alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde, davacının kısmî dava yerine tam eda dava açması daha rasyonel bir davranış olacaktır. Çünkü, davacı kısmî dava açtığı takdirde, sadece dava edilen alacak kesimi için zamanaşımı kesilecek⁷⁶, davacı bakiye talebi ya davalının açıklığıyla ya da ıslah yoluna başvurmak suretiyle aynı davada talep edebilecek veya davacı kalan alacak kesimi için ayrı bir ek dava⁷⁷ açmak durumunda kalacaktır. Oysa, alacağın tamamını dava ettiği takdirde, alacağın tamamı için dava açılmasıyla birlikte zamanaşımı kesilecek, talebi arttırmak söz konusu olmayacağı için bu açıdan davalının rızasına ya da ıslaha gerek kalmayacaktır. Alacağın miktarının açık olması nedeniyle, bu açıdan davayı kaybetmeyeceğini düşünen bir alacaklının kısmî dava yerine tam eda davası açması, yargılama harçları ve yapılacak muhtemel giderler düşünüldüğünde ekonomik bakımdan daha lehine olacaktır. Açılan bir davayı tamamen ya da kısmen kaybetmek ve dolayısıyla yargılama giderlerine

⁷³ AKİL, s. 72 vd.; KARSLI, A.: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul-2012, s. 385.

⁷⁴ Korunmaya değer hukuki yarar şartının kısmî dava açısından değerlendirilmesi hakkında bkz. HANAĞASI, s. 264 vd.

⁷⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 482.

⁷⁶ Ayrıntı için bkz AKİL, s. 288 vd.

⁷⁷ Kaldı ki, doktrinde kısmî dava henüz devam ederken, ek davanın açılmasında hukuki yarar bulunmadığı yönünde görüşler de vardır. Çünkü, bu durumda, kısmî dava açılmasına gerekçe olarak gösterilen yargılama giderlerine mahkûm edilme rizikosunun bertaraf edilmesi düşüncesi bir anlam taşımayacaktır. Bu konuda bkz. HANAĞASI, s. 266.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

mahkûm edilmek sadece kısmî davada değil, her davada ortaya çıkabilecek bir risktir.

Davacı, talebinin tamamını tek bir dava içinde elde edebileceğini öngörüyorsa, zaten kısmî dava açmaz. Bu açıdan, mülga HMK m. 109/2 hükmünün bir anlamı ve önemi bulunmamaktadır⁷⁸. Zira, bu durumda kısmî dava açmak biraz önce de belirtildiği gibi davacının menfaatine olan bir davranış değildir. Talebin tamamının tek bir davada hüküm altına alınması ise, alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde mümkün olacaktır. Bu nedenle, alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde kısmî dava açılmasında davacının hukuki bir yararı bulunmamaktadır. Buna karşılık davacının, alacağının tamamını aynı (tek bir) davada hüküm altına aldırması, mahkemeye kabul ettirmesi kuşkululu ise, bu kuşkuya rağmen talebin tamamını dava etmek kendisi bakımından sakıncalı olabilir. Bu sakıncalar, peşin ödenecek harç bakımından ve talebin bir kısmının reddedilmesi halinde mahkûm edileceği yargılama giderleri bakımından ortaya çıkacaktır⁷⁹. Bu kuşkululu durum, özellikle alacağın belirsiz olduğu, açıkça belirli olmadığı ya da kolaylıkla belirlenebilir olmadığı durumlarda söz konusu olabilir. İşte, ancak bu gibi durumlarda davacının kısmî dava açması rasyonel bir davranış olarak nitelendirilebilir ve kısmî dava açılmasında hukuki bir yararın mevcut olduğu kabul edilebilir.

Öte yandan, her dava, davacının ihtiyacı olan ve yargılama sonunda verilecek esasa ilişkin bir kararla karşılanacak hukuki himayenin elde edilmesi için açılır. Bu çerçevede, davacının dava açmaktaki menfaatinin⁸⁰ varlığı, hukuki himayenin elde edilmesi için, hâlihazırda mahkeme kararı-na muhtaç olmasına bağlıdır⁸¹. Kısacası, davayı kabule şayan kılacak menfaat, davacının bir hükme duyduğu ihtiyaç ile özdeşleşmektedir⁸². Doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere, davacının dava hakkına sahip olması, dava açabilmesi için yeterli değildir. Bundan başka, davacının dava açmakta hukuki bir yararının bulunması gerekir. Dolayısıyla, dava hakkı hukuki yararlarla sınırlıdır. Dava açmakta hukuki yararı olmayan kişi Devle-

⁷⁸ UMAR, s. 328.

⁷⁹ UMAR, s. 328.

⁸⁰ Menfaat kavramının niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HANAĞASI, s. 135 vd.

⁸¹ ÜSTÜNDAĞ, s. 317; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 249; PEKCANI-TEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 425; HANAĞASI, s. 127.

⁸² HANAĞASI, s. 127.

tin yargı faaliyetini yerine getirebilmesini sağlayan bağımsız mahkemelelerini açtığı dava ile gereksiz yere uğraştıramaz. Davacının dava açmaktaki yararı hukuki olmalıdır. İdeal veya ekonomik yarar yalnız başına yeterli değildir. Yani, davacı hakkına kavuşmak için mahkemenin kararına muhtaç olmalıdır⁸³.

Davada menfaat kavramının niteliklerini ayrıntılı olarak tahlil eden HANAĞASI'na göre, *hukuki menfaat kavramından anlaşılması gereken, "hukuken korunan bir menfaatin ihlal edilmiş olması" değildir. Çünkü, hak kavramına atıf yapan bu anlayış, davanın kabule şayanlığını, bir hakkın varlığına ve bu hakkın ihlal edilmiş olmasına bağlar. Diğer bir deyişle, davacının açtığı davada hukuki menfaatinin var olup olmadığı, kaçınılmaz olarak, onun davasına dayanak yaptığı hakkın gerçekten var olup olmadığının araştırılmasını gerektirir. Oysa, hakkın varlığı dava şartı olmayıp, davanın esasıyla ilgili bir "haklılık şartı"dır. Dolayısıyla, hukuk menfaat kavramının, "hukuken korunan bir menfaatin ihlali" olarak anlaşılması, biri davanın kabule şayanlığına, diğeri ise davanın esasına bağlanan iki farklı unsurun aynı kavramda birleştirilmesi sonucunu doğurur⁸⁴. Bu nedenle, dava şartı olan menfaat kavramı ile hukuken korunan menfaat olarak anlaşılan ve bu nedenle de davanın esasına ilişkin bulunan hukuki menfaat kavramı birbirinden farklı iki kavram olarak değerlendirilmelidir.* Davacının dava açmaktaki menfaati, haklı olması ihtimalinde talebinin, onun mevcut hukuki şartlarını değiştirmeye, iyileştirmeye elverişli olması halinde vardır. Davacının dava sonunda elde edeceği hüküm, onun mevcut hukuki durumunu değil de, örneğin sadece ekonomik durumunu değiştirecek ve iyileştirecek ise, bunun anlamı, onun gerçekte hükme ihtiyacı olmadığı ve bu davada hukuki menfaati bulunmadığıdır. Bu çerçevede, hukuki menfaat, davacının, mevcut hukuki durumunu değiştirecek ve iyileştirecek bir hükme ihtiyaç duyması olarak tanımlanabilir⁸⁵. Bununla birlikte, hukuki menfaat kavramından anlaşılan davanın kazanılması için ekonomik bir menfaat ihlalini iddia etmenin yeterli olmadığı; hukuken korunan bir menfaatin, yani bir hakkın ihlalini iddia etmenin gerekli olduğudur. Bu ise, davanın kabule şayanlığı ile ilgili değil, davanın haklılığı ile ilgili bir so-

⁸³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 249; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 425-426.

⁸⁴ HANAĞASI, s. 151.

⁸⁵ HANAĞASI, s. 155.

rundur⁸⁶. Davanın kabule şayanlığının değerlendirilmesi ve dolayısıyla, menfaate ilişkin her türlü inceleme, hâkim önüne taşınan talebin esasına ilişkin incelemeyi bağımsız olarak yapılmalıdır. Hâkim, dava şartlarının varlığını incelerken sadece bir kabule şayanlık sorununu incelemelidir⁸⁷.

HANAĞASI tarafından ileri sürülen bu görüşlere biz de katılıyoruz. Söz konusu görüşler, sadece tam eda davası bakımından değil, kısmî dava bakımından da geçerli olmalıdır. Burada, dava şartı olan menfaat kavramı ile davanın haklılık şartı olan menfaat kavramının birbirinden farklı olduğu özellikle belirtilmelidir. Bu noktada, alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde kısmî dava açılmasında hukuki yararın bulunmamasının nedeni, davanın haklılık şartı olan hukuki menfaatin noksan olması değildir. Davacı maddi hukuk bakımından haklı olabilir. Bir başka deyişle, davacının dava açmakta davanın haklılık şartı olarak hukuki menfaati mevcut olabilir. Maddi hukuk bakımından bir hakkı ihlal edilmiş olduğu için davanın bir şey vermeye ya da yapmaya mahkûm edilmesini mahkemeden talep edebilir. Nitekim, doktrinde eda davalarında hukuki yararın kural olarak mevcut olduğu kabul edilmektedir⁸⁸. Ancak, burada önemli olan alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde kısmî dava açılmasında hukuki yararın bulunup bulunmadığı, maddi hukuka ilişkin haklılıktan bağımsız olarak ele alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle, burada davanın kabule şayanlık şartı olan hukuki menfaat bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde, kısmî dava açılmasında hukuki bir menfaat bulunmamasının nedeni olarak, mülga HMK m. 109/2 hükmünün gerekçesinde, kısmî dava kurumunun amaç dışı kullanılmış olması gösterilmiştir. Bu gerekçede, miktarı açıkça belirli olan alacaklar için kısmî dava açılması, bir anlamda dava açma hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. Alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde, kanun koyucu, maddi hukuk bakımından dava açmakta menfaati bulursa (haklı olsa) bile, birden fazla dava açılması suretiyle devletin mahkemelerinin gereksiz yere meşgul edilmesinde davacının hukuki bir yararının mevcut olmadığını kabul etmiş; miktarı açıkça belirli olan taleplerin ancak tam eda davası şeklinde mahkeme önüne taşınmasına cevaz vermiştir. Bir başka deyişle, kanun koyucu, söz konusu düzenlemeyle

⁸⁶ HANAĞASI, s. 152.

⁸⁷ HANAĞASI, s. 153.

⁸⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 250; HANAĞASI, s. 130.

maddi hukuka ilişkin bir talebin, haklı olsa bile, kısmî dava şeklinde yargılama konusu yapılmasına usul hukuku bakımından cevaz vermemiş, davacının hukuki bir menfaatinin olmadığını kabul etmiştir. Alacağın miktarının açıkça belirli olduğu durumlarda birden fazla dava açılmasını kısmî dava kurumunun amaç dışı kullanılması olarak nitelendirmiştir. Nitekim, kamu yararı da bu doğrultudadır.

Kısmi dava da nihayetinde bir eda davasıdır⁸⁹. Tam eda davasından farkı, alacağın ilk olarak yalnız belli bir kısmının dava edilmiş olmasıdır. Doktrinde eda davalarında genellikle hukuki yararın asıl olduğu, ayrıca hukuki yararının ispat edilmesinin gerekli olmadığı kabul edilmekte⁹⁰, ancak şüphe halinde eda davalarında hukuki yararın mevcut olup olmadığının tespit edilmesinin gerekli olduğu belirtilmektedir⁹¹. Kanaatimizce tam eda davalarında hukuki yararın varlığı asıl ise de, bu durum bizi eda davalarında hukuki yararın hiçbir koşulda ispatının gerekli olmadığı sonucuna götürmez. Kanunda (HMK m. 114/1-h) hukuki yarar, dava çeşitlerine göre bir ayırım yapılmadan genel dava şartları arasında düzenlenmiştir. Bu nedenle, eda davalarında da hukuki yararın ispatı istisnai hallerde, özellikle şüpheli hallerde gerekli olabilir⁹². Kısmi dava da bir eda davası olmakla birlikte, alacağın bir kısmının dava edilmesi nedeniyle tam eda davasından ayrı bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. *Kısmi dava bakımından önemli olan, alacağın tamamının değil de bir kısmının mahkeme önüne taşınması, bir kısmının dava konusu yapılmasında hukuki yararın bulunup bulunmamasıdır*. Bu nedenle kanaatimizce, kısmi dava bakımından da gerektiğinde hukuki yararın mevcut olduğunun ispatı gerekebilecektir. Nitekim, kanun koyucu yürürlükten kaldırılan HMK m. 109/2 hükmünün gerekçesinde, alacağın miktarının belirli olduğu hallerde kısmi dava açılmasında hukuki bir yararın bulunmadığını kabul etmişti. Bu nedenle, gerek tam eda davasında gerekse kısmi eda davasında hukuki yararın hiçbir koşulda ispata

⁸⁹ Kısmi davanın hukuki niteliği hakkında bkz. AKİL, s. 105.

⁹⁰ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, s. 597; JAUERNIG/HESS, s. 145; MUSIELAK, H. J.: Grundkurs ZPO, 9. Auflage, München-2007, s. 84; GRUNSKY, W./JACOBY, F.: Zivilprozessrecht, 14. Auflage, München-2014, s. 84; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 250; HANAĞASI, s. 130-131.

⁹¹ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 250.

⁹² JAUERNIG/HESS, s. 145.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

muhtaç olmadığı baştan söylenemeyecek, bu şekilde bir genelleme yapılması isabetli olmayacaktır⁹³.

4) Usul Ekonomisi İlkesi ve Kamu Yararı Açısından

Kanun koyucunun, miktarı açıkça belirli ve tartışmasız alacaklar için kısmi dava açılması olanağını ortadan kaldırmasının gerekçesi, davacının söz konusu davranışının usul ekonomisi ilkesiyle bağdaşmamasıdır. Usul ekonomisi ilkesi⁹⁴, medeni usul hukukunda geniş bir uygulaması olan önemli bir ilke olup, çığnenen ya da çığnenme olasılığı bulunan objektif hukukun en az giderle, en makul sürede, en az emekle gerçekleşmesini ve *boş yere dava açılmasının önlenmesini* sağlamaya yönelik bir fonksiyon ve amaca haizdir⁹⁵. Usul ekonomisi ilkesi sadece açılmış ve görülmekte olan bir davada uygulanan bir ilke değildir. Yargılamanın makul bir giderle ve makul süre içinde yapılması, yargılama hizmetini sunan Devletin, *davanın açılmasından önce* ve sonra da uyması gereken bir ilkedir⁹⁶. Diğer bir ifadeyle usul ekonomisi ilkesinin konusu yargı hizmetlerinin sunulması olduğuna göre, yargılama hizmetinden faydalanmanın mümkün olduğu her aşamada bu ilke uygulama alanı bulacaktır⁹⁷. Usul ekonomisi ilkesinin, mahkemelerin iş yükünü hafifletmek, hem tarafların hem de mahkemenin gereksiz işlemlerden kaçınmalarını sağlayarak zaman ve giderden tasarruf

⁹³ Burada HMK m. 107/3 hükmüne de kısaca değinilmesi yararlı olacaktır. Anılan hükme göre, kısmi eda davasının açılabilirdiği hallerde tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir. Kanaatimizce de bu hüküm eda davası açılabilen her durumda tespit davası açılmasının da mümkün olduğu anlamına gelmemektedir. Aksine, belirsiz alacak davasının ancak koşullarının mevcut olması kaydıyla kısmi eda ve kısmi (ya da külli) tespit davası açılmasında hukuki yarar olabilir (PEKCANİTEZ-Belirsiz Alacak Davası, s. 73 vd., s. 78). HMK m. 109/2 hükmünün yürürlükten kaldırılmış olması, belirli alacaklar için de kısmi eda davası ile birlikte tespit davası açılabilmesine olanak vermez. Bir başka deyişle artık belirli alacaklar için de kısmi dava açılabilceği kabul edilse bile, bu durum kısmi dava ile birlikte tespit davası açılmasının da artık caiz hale geldiği anlamına gelemez. Dolayısıyla, belirli alacaklar için eda davası açılmasının mümkün olduğu hallerde gerek ayrıca gerekse kısmi dava yanında tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur.

⁹⁴ Usul ekonomisi ilkesinin unsurları hakkında bkz. YILMAZ, E.: Usul Ekonomisi (Makaleler, 2. Cilt, Ankara-2014, s. 1543-1572), s. 1549 vd.; RÜZGARESEN, s. 133 vd.

⁹⁵ RÜZGARESEN, s. 40.

⁹⁶ RÜZGARESEN, s. 41

⁹⁷ RÜZGARESEN, s. 47.

sağlamak amaçları⁹⁸ yanında bir diğer amacı da, kamu menfaatinin korunmasına yardımcı olmaktır. Şöyle ki, *bir davanın makul sürede ve makul giderle, düzenli bir şekilde yürütülmesinde birey kadar, kamunun da yararı vardır*. Çünkü, yargılamalar usul ekonomisi gözetilerek yapıldığında, daha az işgücü, araç, gereç ve Devlet geliri gibi kaynaklar kullanılacağından tasarruf sağlanarak, kamunun menfaati korunmuş olur. Söz konusu kaynakların yerinde kullanılmasını sağlamak hâkim dâhil herkesin görevidir. Gereksiz yere bir davanın açılması ya da bir davanın uzaması, başka davalar için yapılacak emeğin ve kullanılacak kaynakların birim ve verim olarak azalmasına neden olacaktır ki, bu kamu yararına uygun bir sonuç olmayacaktır⁹⁹. Böylece *usul ekonomisi ilkesi, lüzumsuz dava açılmasını, dava esnasında gereksiz işlemlerin yapılmasını, gereksiz giderlere sebebiyet verilmesini önlemeye çalışması bağlamında, medeni usul hukukunun amaçlarını gerçekleştirmeye de hizmet etmiş olmaktadır*¹⁰⁰. Usul ekonomisi ilkesinin Anys. m. 141 ve HMK m. 30 hükümlerinde düzenlenmiş olması nedeniyle, *Devlet ve hâkim bakımından uyulması zorunlu emredici nitelikte bir ilke* olduğu ve bütün yargılama faaliyetlerinde bu ilkeye uyulmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹. İşte, bu emrediciliğin bir gereği olarak hâkim, önüne gelen davalarda, usul ekonomisi ilkesine işlerlik sağlamak için her türlü tedbiri almak zorundadır¹⁰².

Bu açıklamalar çerçevesinde tam dava açılması suretiyle elde edilmesi mümkün olan bir amaca, kısmî dava ve dolayısıyla birden fazla dava açılması suretiyle ulaşılmaya çalışılması usul ekonomisi ilkesiyle bağdaşmamaktadır¹⁰³. Çünkü, söz konusu durumda, Devletin mahkemesi, aynı hukuki uyumsuzluk için birden fazla davaya bakacak, bu ise gereksiz yere emek, zaman ve masraf harcamasına sebebiyet verecektir. Ülkemizin koşulları da dikkate alındığında, yargılamanın kamusal boyutunun ve topluma olan maliyetinin, bu bağlamda anayasal (Anys. m.141/4) ve yasal (HMK m. 30) bir ilke olan usul ekonomisi ilkesinin gözardı edilmesi mümkün değildir. Davacının salt yüksek yargılama giderlerine mahkûm

⁹⁸ Usul ekonomisi ilkesinin amaçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. RÜZGARESEN, s. 49 vd.

⁹⁹ RÜZGARESEN, s. 52.

¹⁰⁰ Bu konuda bkz. YILMAZ-Usul Ekonomisi, s. 1545; RÜZGARESEN, s. 57.

¹⁰¹ YILMAZ-Usul Ekonomisi, s. 1565; RÜZGARESEN, s. 58.

¹⁰² RÜZGARESEN, s. 59.

¹⁰³ Aksi görüşte, AKİL, s. 116-117.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

edilme riskini bertaraf etmek için miktarı açıkça belli olan bir alacak için kısmî dava açmasını, usul ekonomisi ilkesiyle bağdaştırmak güçtür. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, yukarıda belirtilen kararında, kanaatimizce isabetli olarak, miktarı açıkça belirli olan alacaklar bakımından kısmî dava açılmasının usul ekonomisi ilkesiyle bağdaşmayacağına karar vermiştir.

5) Genel Değerlendirme

Kısmî dava açılabilmesi için HMK m. 109/2 hükmünde getirilen şartların belirsiz olduğu, hükmün uygulamasında tereddütler doğurduğu, bu nedenle adeta bu konudaki kafa karışıklığını ve belirsizliği gidermek, uygulamayı rahatlatmak için hükmün bütünüyle yürürlükten kaldırılmış olduğu kanaatindeyiz. Böylece kanun koyucu hükmü değiştirmek ve tereddütleri gidermek yerine toptan ve kesin bir çözüm olarak hükmü yürürlükten kaldırmayı tercih etmiştir. Hükmün yürürlükten kaldırılmasında bir ölçüde haklılık payı olmakla birlikte, hükmün yürürlükten kaldırılmasındaki gerekçenin bütünüyle haklı olmadığını düşünüyoruz. Hükmün mevcut haliyle uygulamada birtakım sorunlara yol açacağı biliniyordu. Nitekim, öyle de oldu. Bu nedenle, doktrinde hükmün bütünüyle yürürlükten kaldırılması gerektiğini savunan görüşler¹⁰⁴ mevcut olduğu gibi, hükmün bütünüyle yürürlükten kaldırılması yerine, düzeltilmesi, belirsiz alacak davası da dikkat alınarak yeniden revize edilmesi gerektiği yolunda görüşler¹⁰⁵ de bulunmaktaydı. Kanaatimizce bu ikinci görüş daha isabetliydi. Çünkü, her ne kadar HMK m.109/2 hükmü anlamında hangi taleplerin taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğunu belirlemede birtakım güçlükler bulunsa da, Yargıtay içtihatlarıyla bu konuya bir ölçüde açıklık getirilmiş bulunmakta, uygulama Yargıtay içtihatları çerçevesinde istikrar kazanma yolunda ilerlemekteydi. Bu bağlamda, örneğin, en sorunlu alan olarak ortaya çıkan iş hukukuna ilişkin taleplerin kısmî davaya ve belirsiz alacak davasına konu olup olamayacağı meselesi, Yargıtay içtihatlarıyla bir ölçüde açıklığa kavuşturulmuş bulunmaktaydı. Kaldı ki, doktrinde bu konuya hassasiyetle eğilmekte, söz konusu hükmün uygulanma koşullarının belirlenmesinde gerekli gayreti göstermekte idi. Bir başka deyişle, hangi taleplerin belirli, hangi taleplerin belirsiz olduğu ve dolayısıyla kısmî dava ve belirsiz alacak davasına konu olabileceği doktrinde çeşitli ölçütler ortaya konu-

¹⁰⁴ AKİL, s. 76; SİMİL, s. 102; KARSLI/KOÇ/KONURALP, s. 57.

¹⁰⁵ PEKCANITEZ- HMK Değerlendirmesi, s. 76.

arak incelenmekteydi. Bu anlamda örneğin doktrinde ÖZEKES, kanaatimizce isabetli olarak, “belirli-belirsiz-belirlenebilir” alacak ayırımını yaparak, bu çerçevede HMK m. 109 ve HMK m. 107 hükümlerinin ne şekilde uygulanmasının mümkün olduğunu ortaya koymuştur. Bu anlayışa göre, HMK m. 109/2 hükmü ile getirilen sınırlama kısmî dava açma olanağını bütünüyle ortadan kaldırmamıştır. Alacağın belirsiz olduğu, açıkça belirli olmadığı veya belirlenebilir olduğu hallerde kısmî dava açılması mümkündür. Kısmî dava açılmayacak olan hal, alacağın miktarının taraflar arasında tartışmasız olması veya açıkça belirli olması halidir¹⁰⁶.

Bu nedenlerle, salt HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen ölçütlerin (soyut şartların / koşul vakıaların) açık olmadığı gerekçesiyle, hükmün yürürlükten kaldırılması isabetli olmamıştır. Kanun koyucunun kısmî davanın HUMK zamanındaki kötüye kullanımlarını ortadan kaldırmak gerekçesiyle sevk etmiş olduğu ve önemli bir kazanım sayılabilecek HMK m. 109/2 hükmünü, bütünüyle yürürlükten kaldırmak yerine, düzeltme (değiştirme) yoluna gitmesi daha isabetli olurdu. Bu noktada isabetli bir çözüm tarzı olarak, *hüküm bütünüyle ortadan kaldırılacağına, hak arama özgürlüğü-hukuki yarar ve dürüstlük kuralını bünyesinde bağdaştıran bir değişiklik yapılması gerekirdi*. Örneğin, “talebin miktarı ya da tutarının dava açılmasından önce taraflar arasında tartışmasız hale getirildiği hallerde, kısmî dava açılmasında hukuki yarar yoktur” şeklinde bir düzenleme yapılabilirdi; ya da “kısmî dava açma hakkı dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılamaz” denilebilirdi. Bunun dışında “dürüstlük kuralına aykırı olarak birden fazla kısmî dava açılmaz” şeklinde hükümler getirilebilirdi. Hatta “alacağın miktarının basit bir hesapla açıkça belirlenebildiği hallerde kısmî dava açılmasında hukuki yarar yoktur” denilebilirdi. Bu örneklerin daha da çoğaltılması mümkündür. Ancak, kanaatimizce yapılması gereken hükmün bütünüyle yürürlükten kaldırılması değil, bu hüküm özellikle HMK m. 107 hükmünde yer alan belirsiz alacak davasıyla da uyumlu hale getirilip yeniden düzenlenmesiydi.

Bu aşamada sorulması gereken bir diğer soru, HMK m. 109/2 hükmünün yürürlükten kalkmasıyla birlikte eski HUMK dönemindeki durumun geri gelip gelmediği, yani HUMK zamanındaki uygulamaya geri dönmüş olup olmadığıdır. Kanun koyucunun HMK m. 109/2 hükmünü

¹⁰⁶ ÖZEKES-Sorun, s. 1594 vd.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

değiştirmeyip, bütünüyle yürürlükten kaldırması karşısında, artık bu hükmünde öngörülmüş olan koşulların aranamayacağı, dolayısıyla alacağın miktarı tartışmasız veya açıkça belirli olsa bile kısmî dava açılmasının mümkün olduğu ileri sürülebilir. Bir başka deyişle, kısmî dava açılması bakımından yürürlükten kaldırılmış bir hükümde öngörülen koşulların hâkim tarafından dikkate alınmasının artık mümkün olamayacağı söylenebilir. Aksi takdirde, hükmün yürürlükten kaldırılmış olmasının bir anlamı olmayacaktır. Kanaatimizce, hüküm bütünüyle yürürlükten kaldırılmış olsa bile kısmî dava açılması bakımından tam anlamıyla HUMK zamanındaki uygulamanın geri geldiğini söylemek amaca uygun bir düşünce olmayacaktır. Gerçi, kısmî dava bakımından artık yürürlükten kaldırılan hükümde öngörülen koşulların aranmasının mümkün olmadığı ileri sürülebilecektir. Bu koşulları taşımadığı gerekçesiyle kısmî davanın reddi de mümkün olmayacaktır.

Ancak, HMK m. 114/1-h hükmünde hukuki yarar dava şartı olarak durdukça, kısmî davanın, hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddi mümkün olabilmelidir. Çünkü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hukuki yarar, dava çeşitleri bakımından bir ayırım yapılmadan bütün davalar bakımından genel bir dava şartı olarak öngörülmüştür. Diğer bir deyişle, bütün davalar için genel bir dava şartı teşkil eden hukuki yarar, sadece tam eda davası açılması halinde değil, kısmî dava açılması halinde de kuşkusuz geçerli olacaktır. *Dolayısıyla, HMK m. 109/2 hükmünün yürürlükten kaldırılmış olması gerekçe gösterilerek artık kısmî dava açılmasının önünde hiçbir engel kalmadığını söylemek hukuki dayanaktan yoksundur.* Bu bağlamda, kanaatimizce, alacağın miktarının açıkça belirli olduğu, alacağın miktarının kolaylıkla tespit edilmesinin mümkün olduğu hallerde kısmî dava açıldığı takdirde, artık HMK m. 109/2 hükmüne dayanılamasa bile, hâkim her somut olaya göre, böyle bir dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığı gerekçesiyle kısmî davanın usulden reddine karar verebilmelidir. Hâkim her somut olayda hukuki yarar bulunup bulunmadığını incelemek zorunludur. Örneğin, alacağın kambiyo senedine, noter senedine ya da adi senede senede bağlı olduğu, sözleşmeyle açıkça belirlendiği, dava açılmasından önce borçluya ihtar çekilerek alacağın miktarının tartışmasız hale getirildiği hallerde, alacağın miktarının belirlenmesi için mahkeme kararına ya da karşı tarafın kabulüne gerek olmadığı hallerde, kısmî dava açılmasında hukuki yararın bulunmadığı ileri sürülebilmeli ve mahkemece dava hukuki

yararın mevcut olmamasından ötürü usulden reddedilmelidir. Bununla birlikte, HMK m. 109/2 hükmünün yürürlükten kalmış olması nedeniyle, hükmün yürürlükte olduğu döneme kıyasla, kısmî dava açılabilmesi koşullarının geniş ve esnek olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Bu noktada, doktrinde ileri sürülmüş olan, belirli-belirsiz-belirlenebilir alacak ayırımından¹⁰⁷ yararlanılabilir. Buna göre, alacağın belirsiz ya da belirlenebilir olduğu hallerde kısmî dava açılacaktır. Ancak, alacağın miktarı açıkça belirli ise, kolaylıkla, basit bir aritmetik hesapla belirlenebiliyorsa kısmî dava açılmasında hukuki yarar bulunmayacaktır. Bu bağlamda, özellikle iş hukukuna ilişkin talepler bakımından, (HMK m.107 hükmündeki koşulları taşımadığı takdirde) belirsiz alacak davasının genellikle açılmayacağı kabul edildiğinden¹⁰⁸, kısmî dava açılması olanağının mümkün olduğu kadar geniş yorumlanması gerekir. Başka bir deyişle, hukuki yarar şartı bu tür talepler bakımından geniş olarak yorumlanmalıdır. Ancak bu hukuk alanına ilişkin talepler bakımından da, hukuki yarar yoksa kısmî dava açılmasının mümkün olmaması gerekir.

HMK m. 109/2 hükmünün yürürlükten kalmış olması, bu hükümde öngörülmüş olan koşulların aranmasının artık mümkün olamayacağı hususunda bir gerekçe teşkil etse bile, kısmî davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddedilmesine engel olmamalıdır. Çünkü, HMK m.109/2 hükmündeki koşulların öngörülmesinin nedeni, hükmün gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu koşulları taşımadan açılan bir kısmî davada hukuki yararın bulunmayacağı varsayımdır. Kaldı ki, HMK m. 109/2 hükmündeki koşullar bulunmasaydı bile yine de hâkim, alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde hukuki yararın bulunmadığı gerekçesiyle kısmî davanın reddine karar verebilirdi¹⁰⁹. Alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde hukuki yararın bulunmadığına artık HMK m. 109/2 hükmü değil, HMK m. 114/1-h hükmü gerekçe teşkil edebilmelidir. Zira, aslında yürürlükten kaldırılan HMK m. 109/2 hükmü, hukuki yarar şartının kısmî dava bakımından özel olarak düzenlenmesinden ibaretti. Buna karşılık, davada hukuki yararın gözetilmesi bakımından genel nitelikte bir hüküm olan HMK m. 114/1-h hükmü her dava bakımından geçerliliğini, dolayısıyla uygulanabilirliğini korumaktadır.

¹⁰⁷ Bkz. ÖZEKES-Sorun s. 1595 vd.

¹⁰⁸ PEKCANITEZ, s. 46-47.

¹⁰⁹ YILMAZ-Şerh, s. 769.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

E) HÜKMÜN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Üzerinde durulması gereken bir sorun da, HMK m. 109/2 hükmünü yürürlükten kaldıran değişikliğin zaman bakımından nasıl uygulanması gerektiğidir. Bilindiği üzere, usul kanunların zaman bakımından uygulanmasında geçerli olan temel ilke “derhal uygulanırlık” ilkesi olup, bu ilke usul hukukunda da geçerlidir¹¹⁰. 6644 sayılı Kanun’un zaman itibariyle uygulanması bakımından özel bir yürürlük düzenlemesi öngörülmemiş, kanunun yürürlüğe girdiği tarihte uygulanmaya başlanacağı belirtilmiştir. HMK bakımından kanunun zaman itibariyle uygulanması HMK m. 448 hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir: “Bu kanun hükümlerinin tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanacağı” hükme bağlanmıştır¹¹¹. Bu düzenleme, usul kanunlarının zaman itibariyle uygulanmasında geçerli olan temel kural “derhal uygulanma” ilkesine uygundur.¹¹²

Zaman bakımından uygulanmada, *sadece HMK m. 109/2 hükmündeki koşulların kaldırılmış olması bağlamında*, (yani salt bu hüküm bağlamında gerekli olan hukuki yarar açısından) bir değerlendirme yapıldığında şu tespitlerde bulunulabilir:

Kanaatimizce 6644 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin zaman bakımından uygulanmasında, açılmış olan davanın bulunduğu aşamaya göre bir değerlendirme yapılması gerekir. Öncelikle, 6644 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce açılan kısmî davalar bakımından HMK m. 109/2 hükmü ile getirilen koşulların aranacağı belirtilmelidir. Diğer bir ifadeyle, miktarı açıkça belirli olan alacaklar için bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılan kısmî davaların HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen koşulları taşımadığı gerekçesiyle reddedilmesi gerektiği söylenebilir. Ancak, salt mülga HMK m. 109/2 hükmü dikkate alınarak hukuki yarar noktasında bir değerlendirme yapıldığında; 6644 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinde önce açılmış ve HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen koşulları taşımadığı halde henüz *hükme bağlanmamış* bir kısmî davanın, artık bu aşamadan sonra reddedilmemesi gerekir. Sonraki tarihli 6644 sayılı Kanun,

¹¹⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 164 vd.

¹¹¹ Tamamlanmış işlem ölçütünden anlaşılması gereken hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞPINAR-AYVAZ, s. 181 vd.

¹¹² Usul kanunlarının zaman itibariyle uygulanması konusunda bkz. BERKİN, B.: Usule İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden Uygulanma Alanı (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Hıfzı TİMUR’un Anısına Armağan, İstanbul-1979, s. 163-183), s. 163 vd.

HMK m. 109/2 hükmünde hukuki yarara vücut veren ve aranması gereken koşulları ortadan kaldırdığına göre, artık açılmış olan kısmî davanın görülmesine engel olmaması gerektiği ileri sürülebilir. Çünkü, m. 109/2 hükmündeki koşulları taşınamaması nedeniyle hukuki yararın noksan olduğu davada, söz konusu hükümde öngörülen koşulların yürürlükten kaldırılması nedeniyle noksan olan hukuki yarar şartı artık sağlanmış sayılabilir¹¹³. Nitekim, HMK m. 115/3 hükmüne göre “Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmeden önce fark edilmemiş; taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez”. 6644 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce açılmış ve HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen koşulları taşımadığı için hukuki yarar yokluğundan reddedilmesi gereken bir dava henüz reddedilmemiş ise, HMK m. 115/3 hükmü nedeniyle artık bu davanın usulden reddedilmemesi gerekir. Esasında doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, hukuki yarar sonradan tamamlanması mümkün olan bir dava şartı değildir¹¹⁴. Ancak, burada dava şartının tamamlanması ya da dava şartı noksanlığının giderilmesi tarafların iradesi ile değil, bizatihi bir kanun değişikliği ile gerçekleşmektedir. Dava şartlarının, davanın her aşamasında mevcut olması gerekmekte ise de, başlangıçta noksan olan bir dava şartının hükmün yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle giderilmiş olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, 6644 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce açılmış ve henüz hükme bağlanmamış bir kısmî davanın, HMK m. 115/3 hükmü çerçevesinde usulden reddedilmemesi gerekir. Zira, hukuki yarar noksanlığına neden olan HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen koşullar, bizatihi 6644 sayılı Kanun’un getirdiği yeni düzenleme ile yürürlükten kaldırılmış, böylece hukuki yarar noksanlığı da giderilmiş sayılmalıdır.

Öte yandan, 6644 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce açılmış ve *hükme bağlanmış* olan bir kısmî davanın ise, HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen koşullar kanun değişikliği ile ortadan kaldırılmış olsa bile yine de reddedilmesi gerekir. Kanaatimizce burada HMK m. 115/3

¹¹³ Dava şartının sonradan yürürlüğe giren bir kanun değişikliği ile ortadan kalkması halinde bunun zaman bakımından uygulama açısından ortaya çıkaracağı sonuçlar hakkında bkz. TAŞPINAR-AYVAZ, s. 279 vd.

¹¹⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 426 vd.; TAŞPINAR-AYVAZ, s. 277; ASLAN/AKYOL-ASLAN/KİRAZ, s. 992 vd.; HANAĞASI, s. 35-36; SİMİL, s. 232 vd. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

hükümünün uygulanması söz konusu olmamalıdır. Zira, HMK m. 115/3 hükmünde dava şartı noksanlığının *en geç hüküm anında* tamamlanmış (giderilmiş) olması koşulu aranmaktadır. 6644 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce HMK m. 109/2 hükmündeki koşulları taşımadığı halde hükme bağlanmış bir kısmî davada, HMK m. 115/3 hükmüne göre dava şartı noksanlığının giderildiğinden söz edilemez. Dava şartlarının davanın her aşamasında (hükümden sonra dahi) hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerektiğine göre, 6644 sayılı Kanun'a rağmen koşulları taşımayan söz konusu kısmî davanın dava şartı noksanlığından dolayı reddedilmesi gerekir. Kaldı ki, dava şartlarına aykırılık mutlak bozma nedeni teşkil etmektedir. Dava bozmadan sonraki bir aşamaya girmişse, dava şartı eksikliğinin dikkate alınması gerekir. Öte yandan, her davanın açıldığı andaki duruma (koşullara) göre karara bağlanması gereğini de gözardı etmemek gerekir. Dava açıldığı anda m. 109/2 hükmünde belirtilen koşulları taşımayan bir kısmî dava, *hüküm anına kadar da noksan dava şartı giderilemediğine göre* (HMK m. 115/3), 6644 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemeye rağmen, hükmün verilmesinden sonraki aşamada, dava şartı eksikliğinden (hukuki yarar noksanlığından) dolayı reddedilmelidir. Söz konusu bir kısmî davanın hükümden sonraki aşamada hukuki yarar noksanlığından dolayı reddine, usul ekonomisi ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesi gibi gerekçelerin de engel olmaması gerekir. Kaldı ki, zaman bakımından uygulamada lehe uygulama da her zaman dikkate alınacak bir ilke değildir ve bu ilkenin uygulanmasında titiz davranılması gerekir. Kanaatimizce somut sorunda lehe uygulamayı gerektirecek bir menfaat söz konusu değildir. Burada, HMK m. 448 hükmünde öngörülen “tamamlanmış işlem” ölçütünün dikkate alınmasını gerektiren bir durum da bulunmamaktadır. Aksine burada, kanunların zaman bakımından uygulanmasında temel ilke olan “derhal uygulanma” ilkesinin esas alınması gerekir¹¹⁵.

Yukarıdaki açıklamalar, miktarı açıkça belirli olan alacaklar için geçerlidir. Açıkça belirli olmamakla birlikte belirlenebilir olan bir alacak için 6644 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce açılan kısmî davalara, 6644 sayılı Kanun karşısında, artık dava şartı noksanlığından dolayı reddedilmemesi gerekir. Bu tür talepler için açılan bir kısmî davanın hangi

¹¹⁵ Kanun değişikliklerinde dava şartlarıyla ilgili açık bir düzenleme yapılmadıkça derhal uygulanma ilkesinin geçerli olması gerekir. Burada tamamlanmış işlem ölçütünden yola çıkılarak dava açılmış ve işlem tamamlanmıştır denilemez (TAŞPINAR-AYVAZ, s. 280).
YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

aşamada bulunduğu da önemli olmamalıdır. Yani, dava hükümden sonraki bir aşamada olsa bile zaten bu nitelikte bir alacak için kısmî dava açılmasında hukuki yararı kabul ettiğimizden dolayı dava şartı noksanlığı nedeniyle davanın reddedilmemesi gerekir.

Öte yandan, 6644 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılan kısmî davalar bakımından, Kanun değişikliği karşısında artık mülga HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen koşulların aranması mümkün olmayacaktır. Ancak, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra açılan kısmî davaların, özellikle alacağın miktarının *açıkça belirli olması* halinde (artık mülga HMK m. 109/2 hükmüne dayanmak mümkün olmasa bile), HMK m. 14/1-h hükmüne dayanılarak reddedilmesi mümkün olmalıdır. Zira, bu hükümde genel bir dava şartı olarak öngörülen hukuki yararın, her dava gibi kısmî dava bakımından da gerçekleşmiş olması şarttır.

SONUÇ

Kısmî dava bütün hukuk sistemlerinde kabul edilmiş bir dava çeşidi değildir. Örneğin Amerikan ve İngiliz hukukunda kısmî dava kurumu kabul edilmemiştir. Hukukumuzda kısmî dava kurumu ilk defa 6100 sayılı HMK ile düzenlenmiştir. Kısmî davanın pozitif olarak HMK ile düzenlenmesi isabetli olmuştur. Ancak, kanun koyucu kısmî dava kurumunu düzenlerken, HMK m. 109/2 hükmünde kısmî dava açılmasını bazı şartların gerçekleşmesine bağlı kılmış, alacağın miktarının taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belirli olduğu hallerde kısmî dava açılmaz şeklinde bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemenin amacı, HUMK zamanında kısmî dava açılması hakkının kötüye kullanılmış olması; kısmî dava kurumunun amaç dışı kullanılmış olmasıdır. Bu nedenle, kanun koyucu alacağın miktarının açıkça belirli olduğu ve taraflar arasında tartışmasız olduğu hallerde, kısmî dava açılmasında *hukuki bir yararın bulunmayacağını* kabul ederek, kanımızca isabetli bir düzenleme öngörmüştür.

Ancak, HMK m. 109/2 hükmüyle getirilen düzenleme gerek doktrinde gerekse uygulamada bazı eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilerin nedeni, HMK m. 109/2 hükmü ile getirilen koşulların belirsiz olduğu, kısmî davanın açılması olanağının önemli ölçüde daraltıldığı, HMK m. 107 hükmünde düzenlenen belirsiz alacak davası da dikkate alındığında kısmî dava kurumunun neredeyse işlevselliğini kaybetmiş olduğu düşüncesidir. HMK m. 109/2 hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra hangi ta-

leplerin kısmî davaya konu olabileceği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş, Yargıtay Daireleri de bu konuda farklı kararlar vermiştir. HMK m. 109/2 hükmündeki düzenlemenin hak arama özgürlüğünü ve adalete erişimi ciddi şekilde engellediği ve getirilen hükmün tasarruf ilkesine de aykırı olduğu ifade edilmiştir. İşte, ortaya çıkan bu durum, kanun koyucuyu, getirmiş olduğu düzenlemeyi yaklaşık dört yıl sonra yürürlükten kaldırma yoluna götürmüştür. Kanaatimizce yürürlükten kaldırılan HMK m.109/2 hükmüne yönelik eleştirilerde haklılık payı bulunmaktadır. Gerçekten de, hak aramanın yolları açık ve belirli olmalı, kişiler hak ararken herhangi bir belirsizlik ve endişe içinde olmamalıdır. Ancak, buna rağmen, yukarıda da işaret edildiği üzere anılan hükmün bütünüyle yürürlükten kaldırılması isabetli değildir. Yapılması gereken hükmün bütünüyle yürürlükten kaldırılması yerine, özellikle HMK m. 107 hükmünde düzenlenen belirsiz alacak davası da dikkate alınarak m. 109/2 hükmünün gözden geçirilmesi ve ihtiyaçlar doğrultusunda, yeniden düzenlenmesi olmalıydı. Dolayısıyla, kanaatimizce, HMK m. 109/2 hükmünün değiştirilip amaca hizmet edecek biçimde yeniden kaleme alınması yerine yürürlükten kaldırılması isabetli olmamıştır.

HMK m. 109/2 hükmünün bütünüyle yürürlükten kaldırılması karşısında, kısmî dava bakımından artık ilga edilmiş olan hükümde aranan koşulların gerçekleşmiş olması aranmayacaktır. Bir başka deyişle, artık alacağın miktarının tartışmasız ve açıkça belirli olduğu gerekçesiyle kısmî dava açılmasına engel olunamayacaktır. Buna rağmen, kanaatimizce, HMK m. 109/2 hükmünün yürürlükten kaldırılmış olması tam anlamıyla HUMK zamanındaki uygulamaya geri dönüldüğü anlamına da gelmemelidir. *Şöyle ki, artık kısmî dava açılmasının önünde hiçbir engel olmadığı, bölünebilir her talebin kısmî dava şeklinde açılması önünde hiçbir engel bulunmadığı iddia edilememelidir.* Alacağın belirsiz olduğu veya belirlenebilir olduğu hallerde kısmî dava açılması mümkündür. Buna karşılık, *alacağın açıkça belirli olması nedeniyle kısmî dava açılmasında hukuki yararın bulunmadığı ileri sürülebilecektir.* Bir başka deyişle, HMK m. 114/1-h hükmünde hukuki yarar dava şartı olarak durdukça, somut olaya göre alacağın tartışmasız, açıkça belirli olduğu gerekçesiyle, kısmî dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığı söylenebilecektir. Zira, kanunda dava şartı olarak öngörülen hukuki yarar, *her dava gibi kısmî dava bakımından da aranacak olan genel bir dava şartıdır.* HMK m. 109/2 hükmü-

nün yürürlükten kaldırılmış olması nedeniyle, her davanın kısmî dava şeklinde açılmasının artık mümkün olduğu, bu nedenle HMK m. 114/1-h hükmünde öngörülmüş olan hukuki yarar şartının kısmî dava bakımından geçerli olmadığı ileri sürülemez. Kaldı ki, HMK m. 109/2 olmasaydı bile kısmî dava açılmasında yine genel bir dava şartı olan hukuki yarar aranacaktı ve alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde kısmî dava açılmasına engel olunabilecekti. Çünkü, alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde kısmî dava açılmasında hukuki değil, yargılama giderlerinden tasarrufu amaçlamasından ötürü sadece ekonomik yarar vardır. Kaldı ki, alacağın miktarının açıkça belirli olduğu hallerde, kısmî dava açılmasını usul ekonomisi ilkesiyle bağdaştırmak da güçtür. Ayrıca, kısmî dava açma hakkının dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmayacağı izahtan varestedir.

Kanaatimizce hükmün zaman bakımından uygulanması açısından sonuç olarak şu tespitlerde bulunulabilir: Burada miktarı açıkça belirli olan bir alacak için açılan kısmî davanın hangi aşamada bulunduğuna göre bir ayırım yapılması gerekir. 6644 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce açılan kısmî davalar bakımından HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen şartların aranması, dolayısıyla, şartları taşımayan bir kısmî davanın reddedilmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak, kanaatimizce söz konusu kısmî davada henüz *hüküm verilmemişse*, HMK m. 115/3 hükmü çerçevesinde, artık dava şartı noksanlığı giderilmiş sayılmalı ve dava reddedilmemelidir. Fakat, söz konusu kısmî davada *hüküm verilmiş* ise bu kısmî davanın dava şartı noksanlığından dolayı reddedilmesi gerekir. 6644 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce açılmış olsa ve artık yürürlükten kalkmış olması nedeniyle HMK m. 109/2 hükmündeki koşullar aranmasa bile, söz konusu kısmî davanın HMK m. 114/1-h hükmüne dayanılarak dava şartı eksikliğinden dolayı usulden reddedilmesi mümkün olmalıdır. Çünkü, adı geçen hükümde hukuki yarar dava şartı olarak öngörülmüş olup, bu şart her dava gibi kısmî dava bakımından da geçerlidir. 6644 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra açılan kısmî davalar bakımından mülga HMK m. 109/2 hükmünde öngörülen koşulların aranması, kanun değişikliği karşısında, artık mümkün olmayacaktır. Ancak, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılmış olsa bile, alacağın miktarı açıkça belirli olduğu için kısmî dava açılmasında hukuki yarar bulunmadığı ileri sürülebilmelidir. Buradaki hukuki yarar noksanlığının hukuki dayanağı, artık mülga HMK

m. 109/2 hükmü olmasa bile, HMK m. 114/1-h hükmüdür. Çünkü, *HMK m. 114/1-h hükmünde öngörülen hukuki yarar, sadece kısmî dava için değil, bütün davalar (hatta mahkemeye yöneltilen her talep) için bulunması gereken genel bir dava şartıdır.*

KAYNAKÇA

AKIN, L.: İşçilik Alacakları ve Belirsiz Alacak Davası (ÇEİSD, 2012/11, s. 22-39).

AKİL, C.: Kısmî Dava, Ankara-2013.

AKKAN, M.: Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Himaye (MİHDER, 2007/1, s. 29-68).

AKYOL ASLAN, L.: Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara-2011.

ALANGOYA, Y./YILDIRIM, K./DEREN-YILDIRIM, N.: Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul-2009.

ALANGOYA, Y.: Kısmî Dava Hususunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Bir Kararı (Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, 2004/2, s. 27-38); AKİL, C.: Kısmî Dava, Ankara-2013.

ARSLAN, R.: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara-1989.

ASLAN, K./AKYOL ASLAN, L./KİRAZ, T. Ö.: Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, I, s. 975-1024).

BERKİN, B.: Usule İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden Uygulanma Alanı (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Hıfzı TİMUR'un Anısına Armağan, İstanbul-1979, s. 163-183).

ÇELİK, Ç.A.: 6100 Sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre İşçi Alacakları İçin Açılacak Davalar (<http://www.kazanci.com>, s. 2 vd.).

ÇİL, Ş./KAR, B.: 6100 Sayılı HMK'ye Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmî Dava, 2. Baskı, Ankara-2012.

DARENDE, İ.: Belirsiz Alacak Davası-Kısmî Dava İlişkisi (<http://www.turkhukusitesi.com>, s. 4 vd.).

GRUNSKY, W./JACOBY, F.: Zivilprozessrecht, 14. Auflage, München-2014.

- HANAĞASI, E.: Davada Menfaat, Ankara-2009.
- İYİMAYA, A.: Kısmî Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar (YD, 1985/3, S. 193-204).
- JAUERNIG/HESS: Zivilprozessrecht, 30. Auflage, München-2011.
- KARSLI, A./KOÇ, E./KONURALP, C. S.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular, İstanbul-2014.
- KARSLI, A.: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul-2012.
- KILIÇOĞLU, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara-2014.
- KİRAZ, T. Ö.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Ankara-2012.
- KULAKSIZ, C.: Die Teilklage im deutschen und türkischen Zivilprozessrecht, Frankfurt a. M. -2004.
- KURU, B./ARSLAN, R./YILMAZ, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 40. Baskı, Ankara-2014.
- KURU, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C, 2, İstanbul-2001.
- KURU, B.: Medeni Yargıda Kısmî Alacak Davası Öldü, Yaşasın Belirsiz Alacak Davası ve İdari Yargıda Yaşasın Genişletilmiş Kısmî Alacak Davası (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'a Armağan, Cilt 2, s. 1063-1072) (KURU-Kısmî Alacak Davası)
- MERİÇ, N.: Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara-2011.
- MUSIELAK, H. J.: Grundkurs ZPO, 9. Auflage, München-2007.
- NOMER, H.: Manevi Tazminat Alacağında Kısmî Dava Mümkün müdür? (İÜHFM 2000/1-2, s. 221-229).
- ÖZBAY, İ.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, 2. Baskı, Ankara-2013.
- ÖZEKES, M.: Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmî Dava İle Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan, C. 2, Ankara-2014, s. 1589-1606).
- ÖZEKES, M.: Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmî Dava İle Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu, Belirli-Belirsiz-Belirlenebilir Alacak Ayrımı (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Prof. Dr. Ejder YILMAZ'a Armağan, C. 2, Ankara-2014, s. 1589-1606) (ÖZEKES-Sorun).

ÖZEKES, M.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Değerlendirmesi, HUKAB Yayınları, Ankara-2012.

PEKCANITEZ, H./ATALAY, O./ÖZEKES, M.: Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara-2013.

PEKCANITEZ, H.: Belirsiz Alacak Davası, Ankara-2011.

PEKCANITEZ, H.: HMK Değerlendirmesi, HUKAB Yayınları, Ankara-2012 (PEKCANITEZ-HMK Değerlendirmesi).

POSTACIOĞLU, İ. E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul-1975.

ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD: Zivilprozessrecht, 16. Auflage, München-2004.

RÜZGARESEN, C.: Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara-2013.

SCHILKEN E.: Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Köln-Berlin-München- 2006.

SİMİL, C.: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul-2013.

SUNGURTEKİN ÖZKAN, M.: Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir-2013.

TANRIVER, S.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler (TBBD 2012/99, s. 15-34).

TANRIVER, S.: Kısmî Dava Üzerine Bazı Düşünceler (Prof. Dr. Bilge ÖZTAN'a Armağan, Ankara-2008, s. 851-866).

TAŞPINAR AYVAZ, S.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara-2013.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul-1993.

UMAR, B.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara-2014 (UMAR).

UMAR, B.: Yeni HMK Düzenlemesinin Kısmî Dava Konusunda Getirdiği Kural (Prof. Dr. Erhan ADAL'a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011-2012/1-2, s. 29-33).

ÜSTÜNDAĞ, S.: Bir Dava Ne Zaman Kısmî Davadır? (Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara-2010, s. 373-392).

ÜSTÜNDAĞ, S.: Kısmî Davaya İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar (Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler, Ankara-2010, s. 409-423).

ÜSTÜNDAĞ, S.: Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, İstanbul-2000.

YAVAŞ, M.: Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri (İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2), Seminer, İstanbul-2012, s. 54-81).

YILMAZ, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara-2013 (YILMAZ-Şerh).

YILMAZ, E.: Usul Ekonomisi (Makaleler, 2. Cilt, Ankara-2014, s. 1543-1572) (YILMAZ-Usul Ekonomisi).

ULUSLARASI HUKUKTA SOYKIRIM KAVRAMI VE HOLOKOST'UN YERİ

(THE CONCEPT OF GENOCIDE IN INTERNATIONAL LAW AND THE HOLOCAUST)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Semin TÖNER ŞEN*

ÖZET

Holokost kavramı, II. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan soykırım kavramı ve terimi çerçevesinde, özellikle Nazi ve işbirlikçileri tarafından geniş ölçülerde gerçekleştirilen soykırımsal fiilleri tanımlamak için ortaya çıkmış bir kavramdır. Holokostun, diğer soykırım ve insanlık aleyhine suçlarla karşılaştırmalı olarak incelenmesi, soykırımsal fiillerin oluşumu ve gelişimi bakımından izledikleri süreç ve ortak kalıpların belirlenmesinde önemli rol oynamakta ve gelecekte gerçekleşmesi muhtemel soykırımları da bu benzerlik ve farklılıkların ortaya konulması ve belirlenmesi ile önlemek mümkün olabilecektir. Holokostun tanımlanması ve ortaya çıkışı, uluslararası hukukun gelişimi bakımından da önemli bir adımdır. Bu tarihten sonra modern dünya düzeninde, uluslararası mahkemeler oluşturulmuş ve bu fiiller karşısında uluslararası alanda soykırımsal faaliyetlere karşı cevap teşkil eden hareketler ortaya çıkmıştır. Tarihi hafızada rol oynayan soykırımların holokost ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi ve genç zihinleri potansiyel soykırımlar ve insanlık aleyhine suçlara karşı uyarmakta ve bu konudaki sorumluluklarını ve rollerini anlamaları bakımından farkındalık yaratmaktadır. Uluslararası adalet duygusunun yaratılması ve karşılanmasında ise uluslararası örgütler ve yargı organları önemli bir rol üstlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası hukuk, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, Holokost, hedef grup, kitlesel şiddet, katliam, saldırı.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Genel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: stonersen@gmail.com

ABSTRACT

This article about Holocaust is rationale for a comparative study that relates the Holocaust to other genocides and crimes against humanity while providing an overview of possible pitfalls to be avoided. An exploration of the relationships between the terms “Holocaust”, “Genocide”, “war crimes”, and “crimes against humanity”. An introduction to the origin of the term genocide, coined by Raphael Lemkin during the Second World War, its incorporation into international law, and a number of alternative definitions that have been offered by scholars. An outline of developments in international law and institutions aimed at the Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity. The Holocaust is often considered to have given rise to our conceptualisation of the term “genocide”, which was coined during the Second World War, in large measure as a response to the crimes of the Nazis and their collaborators. So the Holocaust may constitute a starting point and the foundation for studying genocide. In comparing the Holocaust to other genocides and crimes against humanity it should be possible to sharpen understandings not only of similarities between events but also of key differences. In so doing, it may be an opportunity to better understand the particular historical significance of the Holocaust, and how study of the Holocaust might contribute to our understanding of other genocidal events.

Keywords: *International law, genocide, crimes against humanity, war crimes, the Holocaust, target group, mass violence, mass murder, aggression.*

Giriş

Tarihin en eski dönemlerinden beri, insanoğlunun temel hak ve özgürlükleri elde etmek, bu hak ve özgürlükleri, yalnızca kendisine hak görüp, başkasına fazla görmesi; hakların kendilerinden esirgendiği tarafın isyanları ve otoriteye karşı mücadeleleri; birlikte yaşamak arzusu ile biraraya gelmiş, etnik, ırki veya dini nitelikleri ile farklı kökenlere sahip taraflardan birinin, kendini üstün görmesi ve bunu karşı tarafa kabul ettirme çabaları ve ayrılıkçı hareketleri; devletlerin toprak elde etme çabaları ve egemenliklerini başka devletlere kabul ettirme amacıyla diğer devletlere saldırımları

gibi nedenlerle bir çok çatışma, şiddet uygulamaları ve savaşlar meydana gelmiştir. Geride bıraktığımız 20.yüzyıl insanlık tarihinin; çatışmalar, şiddet uygulamaları ve savaşlar içinde geçen en kanlı dönemlerinden biri olmuştur. Bu süreç içerisinde uluslararası toplum, iki dünya savaşı geçirmiş aynı zamanda birçok ulusal çatışma ve iç savaş yaşanmıştır. Ancak tarihin insanoğluna ders olmadığı günümüzde de apaçık ortadadır. 21.yy.'da da aynı şiddet uygulamaları, iç savaşlar, çatışmalar halen devam etmektedir. Ne yazık ki gelecek yüzyılın da çok daha farklı olacağı yönünde herhangi bir işaret bulunmamaktadır.

Uluslararası alanda, devletler arasında veya devletlerin kendi sınırları içerisinde yaşanan bu çatışma ve insanlık dışı şiddet uygulamaları arttıkça tarih içerisinde, uluslararası huzur, barış ve güvenliğin sağlanabilmesi için bu davranışların kavramlaştırılması, tanımlanması, bir kurala bağlanması, önlenmesi ve cezalandırılması hususunda çalışmalar yapılmıştır. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında, hızlı bir ivme kazanan insan hakları hukuku, insanın insan olması nedeniyle, çeşitli haklara sahip olduğunu ve bunların ulusal ve uluslararası düzeyde korunmasını ve bir hukuki zorunluluk olarak kabul edilmesi gerektiğinin anlaşılmasını sağlamıştır. Bireyi, temel değer olarak kabul eden, ekonomik ve siyasi liberalizmin, günümüz hukuk sistemine dayattığı bu hukuk anlayışı, bireyin maddi ve manevi varlığına yönelik her türlü ihlali yasaklamakta ve cezalandırmaktadır. Uluslararası toplum ve düzenin, barış ve güvenliğini tehdit eden bu eylemlerin sınıflandırılması ve kodifiye edilmesi, siyaset ve hukukun birarada olduğu uluslararası hukukun üstlendiği bir rol olmuştur. Uluslararası hukukun bu rolü üstlenmesinin ardında yatan gerçek, bu konudaki çözümün, ancak uluslararası toplum ve uluslararası hukukun, basilica aktörleri olan devletlerin uzlaşması ve ortak alanda birşeyler yapmaları sonucu mümkün olabileceğidir. Her iki dünya savaşı ardından mahkemeler kurularak özellikle silahlı çatışmaları düzenleyen kuralları ihlal edenlerin, uluslararası hukuk kapsamında cezalandırılmaları amaçlanmıştır.

Günümüzde uluslararası hukukun önemli bir bölümünü oluşturan ve henüz gelişmekte olan insancıl hukukun, bireyleri de uluslararası hukukun bir sujesi haline getirdiği görülmektedir. Bu doğrultuda hukuka aykırı fiili önleyici güç ve kurallara uyulmasını sağlayan bir gereç olarak bireysel cezai sorumluluğun doğması da olağandır. İnsancıl hukuk, insanı bir değer olarak kabul ederek, ona karşı gerçekleştirilen ve insanoğlunu yok etmeye

yönelen, tüm gayri hukuki davranışları, uluslararası bağlamda düzenlemeye ve kanunlaştırmaya çalışmaktadır. Düzenlenen kavramlar, aslında temelde aynı ortak noktayı, yani insanoğlunu hedef almalarına rağmen, gerek kavramsal, gerekse hukuksal bakımdan, farklı eylem ve unsurları içermeleri nedeniyle birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Tarihi süreç içerisinde, olaylar değiştikçe ve uluslararası hukuk geliştikçe, olayların ve kuralların yorumlanmaları da değişmekte ve bunlar için yeni kavramlar türetilmektedir.

Bu kavramlardan biri, insanlık tarihi kadar eski ve insanlık tarihinin en acımasız, en vahşi ve en şiddet dolu eylemlerini içeren kavram olan soykırım kavramıdır. İnsanoğlunun varoluşundan beri süregelen, insanoğlunun birbirini yok etme ve birbirine zarar verme konusunda ortak eylem ve hedefleri içeren bu düşünce ve kavram, bir ulusun ya da bir grubun, üstünlük kurma çabası ve kendini diğerlerinden farklı ve üstün görme egosundan kaynaklanmaktadır.

Soykırım Kavramı; Doğuşu, Tarihi Gelişimi ve Uluslararası Hukuktaki Yeri

Jean-Paul Sartre “soykırım, insanlık kadar eskidir” derken, soykırım fiilinin, tarihin en eski devirlerinden beri var olduğunu; yani soykırımın insanlık tarihiyle birlikte ortaya çıktığını ve insanlığın kendisi kadar eski olduğunu vurgulamak istemiştir.¹ Ancak bu fiillerin kınanmaktan öte bir suç olarak kabul edilip değerlendirilmesi 20. yy. ın ikinci yarısından sonra olmuştur.

Antik çağlarda savaş, toplu imha ve toplu yok etme olarak ortaya çıkmaktadır. Uygulanan bu soykırımsal fiiller, savaşanlar arasında galiple-re tanınan sonsuz kudretin tabii bir sonucu olarak kabul edilmektedir.² Tarihte, savaşlardan sonra ganimet elde edilmesi, kaybeden ülkenin yağmalanması, bu ülke halkının köle olarak zorla çalıştırılması, satılması, katledilmesi, kadınların esir alınması cariye ya da seks kölesi olarak kullanılması gibi fiiller gelenekselleşmiş ve doğal bir sonuç olarak kabul edilmiş olduğundan bu tarz fiillerin insanlığa karşı işlenen bir suç olarak algılanıp

¹ Jean Paul Sartre, “On Genocide”, Crimes of War, ed. By. Richard A. Falk, Gabriel Kolko, Robert Jay Lifton, New York, 1971, p. 534.

² O. Kadri Keskin, “Jenosid Suçu ve Jenosid Sözleşmesi”, Adalet Dergisi, Eylül-Ekim 1986, Sayı:5, p.121.

hukuk dünyasında yerini alması gecikmiştir. Ortaçağ ve sonrasında Fransa ve İngiltere'de çıkarılan çeşitli emirname ve fermanlar ile, İsviçre'de kantonlar arası yapılan çeşitli sözleşmelerle savaşların denetlenmesi ve bu fiillerin sınırlandırılması hususunda bir takım adımlar atılmış olsa da bunlar yetersiz kalmıştır.³ Ancak 19. yy. ortalarında ortaya çıkan ve 20. yy başlarında giderek güçlenen milliyetçiliğin aşırı görüşlere kayarak faşizm ideolojisini oluşturmasıyla, saf ve ari bir ırk yaratmak amacıyla II. Dünya Savaşı'nda milyonlarca insanın yok edilmesi ile son bulan yansımalarından sonra soykırım kavramı doğmuş ve bu tür fiillerin insanlığa karşı işlenen bir suç fiili olarak kabul edilmesi görüşü ortaya çıkmıştır.

Uluslararası hukukta erken gelişmelere bakıldığında, milli, ırksal, etnik ve dinsel grupların yok edilmesinin önlenmesi ve korunması amacıyla ilgili olarak karşımıza ilk azınlık anlaşmaları çıkmaktadır. Azınlıkların korunmasının temelleri de 1648 Westfalya Antlaşması'na dek uzanmaktadır.⁴ Osmanlı İmparatorluğu'nda ve Kuzey Amerika'da azınlıkların haklarına ilişkin yapılan antlaşmalar da aynı paralelliktedir.⁵ Ancak Westfalya devletler sistemi anlayışına göre devlet egemenliği ülkeseldir⁶ ve mutlak bir ilkedir, dolayısıyla devletlerin iç işlerine karışılmaz. Tabii azınlıklar da devletin iç işlerinden biridir ve devletin iç mevzuatı uygulanır. Bu nedenle o güne kadar bu konuda işlenmiş fiiller henüz bir uluslararası suç

³ Ibid., p.122. 1351 Fransa, 1385,1468,1471 İngiltere.

⁴ Westfalya Barışı: İspanya ile Flemenk arasındaki Seksen Yıl Savaşı'nı (1568-1648) ve Otuz Yıl Savaşları(1618-1648) sona erdiren barış antlaşmalarıdır. Bu barış ile tarihte ilk defa dinsel grupların korunması ile ilgili hükümler yeralamakta, ilk defa gerçek anlamda çok taraflı olarak dinsel bir gruba karşı gösterilen hoşgörü ile karşılaşmaktadır. Katolikler, Lutjerciler, Kalvenciler arasında karşılıklı hoşgörü güvence altına alınmış, Hassburg hanedanına ait topraklar dışında yaşayanlara ibadet, vicdan ve göç etme özgürlüğü tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ana Britannica, 1994, C. 31, 15. Bası, İstanbul, p.203. William A. Scahabas, Genocide in International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p.15.

⁵ Ibid. Osmanlı Devleti ile Rusya arasında 1828-1829 savaşından sonra 14 Eylül 1829 tarihinde imzalanan Edirne Antlaşması özellikle sırbistan Romanya prensliklerinde (Eflak-Boğdan) yaşayan Hıristiyan azınlıkları lehine bir takım hakların tanınması buna örnek olarak gösterilebilir. Yine Fransa ve Büyük Britanya arasında imzalanan ve İngiliz Kuzey Amerikası'nda yaşayan Fransız etkili roma Katoliklerinin durumunu ele alan Utrecht anlaşması da aynı şekilde örnek gösterilebilir.

⁶ Haldun Günalp "Ulusal Devlet, Global Demokrasié, www. Sratejik. Yıl-dız.edu.tr/makale8.htm , (Çevrimiçi) 06.06.2014.

değildir.⁷ Westtfalya Barışı ile ortaya konulan bir uluslararası suç kavramı değil bu fiillerden korunmak amacı ile azınlıklara tanınan hak ve garantilerdir.

1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi'nden önce, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar ve bunların önlenmesine ilişkin yapılan ilk çalışmalar 19. yy. da silahlı çatışma hukukuna ilişkin düzenlemelerdir. 1907 La Haye Sözleşmeleri⁸, bir ülkenin savaşta işlediği suçlar, savaşan tarafın işgal ettiği bölgelerdeki sivillerin durumları hakkında hükümler içermektedir. 1. Dünya Savaşı sonrası müttefik devletlerin baskısıyla çeşitli mahkemeler kurulup savaş suçluları olarak kabul edilen askerlerin yargılamaları söz konusu olmuştur. Ancak, yargılamaları izleyen müttefik devletler hukukçuları verilen cezaları yeterli olmadığını belirtmişlerdir. Dolayısıyla, bu dönemde oluşturulması kararlaştırılan mahkemeler ya oluşturulamamaş ya yargılamada bulunamamış ya da yargılama sonuçları devletler açısından tatmin edici olmamıştır. 1. Dünya Savaşı sonrası, savaş suçluları ile insanlığa karşı işlenen suçların cezalandırılması konusundaki eksiklik ve yetersizlikler iyice fark edilmiştir. Bu konuda, somut bir adım atılamamış olsa da bu suçluların yargılanabileceği uluslararası bir hukuk kurumu kurulması fikri ortaya çıkmış, bu konudaki girişimler sonucu 1937 yılında Milletler Cemiyeti, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran andlaşmayı kabul etmiş, ancak yeterli sayıda devlet andlaşmayı onaylamadığı için andlaşma yürürlüğe girememiştir. Fakat, bu girişim, uluslararası ceza mahkemesi kurulması konusunda ilk ciddi gelişim olarak tarihte yerini almıştır.⁹

Nüremberg ve Tokyo Mahkemesi yargılamalarından sonra Birleşmiş Milletler'in, insanlık aleyhine suçlar, toplu katliamlar, soykırım suçu ve önlenmesine ilişkin yasa oluşturma sürecinde 1946'dan 1948'e kadar iki yıl geçmiştir. Soykırım suçunun yer aldığı ilk hukuki belge, milletlerarası barış ve güvenliği koruma, savaş önleme amacı ile II. Dünya Savaşı ardından yeni kurulan Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın, New York, Lake

⁷ Gündüz Aktan, "Devletlerarası Hukuka Göre Ermeni Meselesi" Türkiye Günlüğü, say:64, 2001, p.7

⁸ La Haye Sözleşmeleri 1889-1907'DE Hollanda La Haye de toplanan uluslararası konferanslarda kabul edilen bir dizi antlaşmaya verilen toplu isimdir. Bkz. Ana Britannica, op. cit., C. 20, p.184. Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, p.524. Bu sözleşmelerde, devletlerin kendi ülkelerinde işlediği veya işlediği iddia edilen suçlardan hiç söz edilmemektedir.

⁹ William A. Schabas, op. cit. ,p.23.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Success'te toplanan Genel Kurul'unda 23 Ekim-15 Aralık 1946 tarihleri arasında yapılan ilk oturumunun, ikinci bölümünde kabul edilen, 11 Aralık 1946 tarih ve 96(I) sayılı karar olmuştur. Bu kararda, soykırım, uluslararası hukuka göre suç sayılmış ve cezalandırılmasının da uluslararası bir mesele olduğu belirtilmiştir. Karar taslağı Lemkin tarafından kaleme alınmıştır ve iki kısımdan oluşmaktadır. İlk kısım, tanımlama ve nitelendirmenin yapıldığı giriş bölümü, ikinci kısım ise suçun önlenmesi ve cezalandırılması için uluslararası işbirliği yapılmasına ilişkin Genel Kurulun tavsiyelerde bulunacağı sonuç kısmıdır. Bu taslak, Küba, Hindistan ve Panama tarafından imzalanmış, Amerika Birleşik Devletleri de önemli destek vererek gündeme alınmasını sağlamıştır.¹⁰ Taslak daha sonra Hukuk Komitesi'ne havale edilmiş, burada taslağa ahlak kurallarına atıf ve resmi memurların sorumlulukları ile ilgili konular da eklenmiştir.¹¹

Bu kararda, Ekonomik ve Sosyal Konsey'den, Genel Kurul'un takip eden ilk olağan oturumunda sunulmak üzere, soykırım ile ilgili bir sözleşme tasarısı hazırlanmasına yönelik gerekli çalışmaların yapılması talep

¹⁰ Ibid.

¹¹ UN Doc. A/96(I) December 1946. "Adam öldürme suçu, insanoğlunun bireysel yaşam hakkının reddi olduğu gibi, soykırım da bütün insan gruplarının mevcudiyet hakkının reddi olup, o denli bir mevcudiyet hakkının reddidir ki insanlık vicdanını sarsar ve bu insan gruplarının insanlık aleminde kültürel ve temsil ettiği diğer şekillerdeki katkıların yitirilmesi ile sonuçlanır ve aynı zamanda ahlak kurallarına, Birleşmiş Milletlerin amaçlarına ve ruhuna aykırıdır. Soykırım fiillerinin işlendiği pek çok örnek, ırki, dini, siyasi ve diğer grupların tamamen ya da kısmen yok edilmesiyle ortaya çıkmıştır. Soykırım suçunun cezalandırılması uluslararası bir meseledir. Bundan dolayı Genel Kurul, Medeni dünyaca kınanan, uluslararası hukuka göre bir suç olan, soykırımın, faillerinin ve iştirakçilerinin özel kişiler, resmi memurlar ya da devlet adamları olmalarına, suçun dini, ırki, siyasi veya başka sebeplerle işlenmesine bakılmaksızın cezalandırılabilir olduğunu teyit eder. Üye devletlere bu suçun önlenmesi ve cezalandırılması için devletler arasında uluslararası işbirliği tavsiye eder. Genel Kurulun takip eden ilk olağan oturumunda sunulmak üzere bir soykırım konvansiyonu tasarısının hazırlanmasına yönelik gerekli çalışmaları yapmasını Ekonomik ve Sosyal Konseyden talep eder." Bu karar ve hazırlık çalışmaları için Türkçe kaynak için V. Zübeyir Aker, "Genocide: Bir İnsan Topluluğunun Kasten İmhası", İnsan Hakları Dergisi, S. 13, Ankara, 1948, p.12-16, Zübeyir Aker, "Genocide: Bir İnsan Topluluğunun Kasten İmhası", İnsan Hakları Dergisi, S. 16, Ankara, 1948, p. 17-23, Faruk Erem, İnsanlık Aleyhine Suçlar(Genocide), Ankara, AÜHFY, 1948. Faruk Erem, İnsanlığa Karşı Cürümler, Güney Matbaacılık, Ankara, 1948, pp.33-35. Nevzat Güreli, "İnsanlık Aleyhine Suçlar(I), Adalet Dergisi, 1951, pp. 68-79, "Genocide ve İnsanlık Aleyhine İşlenen Cürümlere Dair Fransa Temsilcisi Tarafından Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna Tevdi Edilen Muhtıra" çev. Cemil Mithat Ulusal, Adalet Dergisi, 1948, pp. 42-48.

edilmiştir. İlk taslak, Genel Sekreterliğin, Raphael Lemkin, Henri Donnedieu de Vabres ve Vespasian Pella'dan oluşan İnsan Hakları Bölümünce hazırlanmıştır. Bu çalışmalar, bir yılı aşkın bir süre sürmüştür bu nedenle, Ekonomik ve Sosyal Konsey kendi bünyesinde ikinci bir taslağın hazırlanması için, Fransa, Çin, Lübnan, Polonya, Sovyetler Birliği, Amerika Birleşik Devletleri ve Venezuela'dan oluşan bir ad hoc komite oluşturmuştur. Kurulan ad hoc komitece, 5 Nisan-10 Mayıs 1948 tarihleri arasında yürütülen bu çalışmalar, Genel Kurul'un üçüncü oturumunun ilk kısmında Altıncı Komiteye havale edilmiştir. Altıncı Komite değişiklik teklifleri ile beraber, her maddeyi 21 Eylül- 10 Aralık tarihleri arasında gözden geçirdikten sonra, kabul edilmeyen değişiklik teklifleri ile birlikte Genel Kurula sunmuştur. Hazırlanan bu taslak 6 Aralık 1948 günü, Paris'te toplanan Genel Kurul'un, 260 A (III), toplantıda eksiksiz olarak hazır bulunan elli altı üye devlet tarafından oy birliği ile kabul edilmiş, yirminci onay belgesini takip eden doksan günün sonunda 12 Ocak 1951'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, 25 Mart 1950 tarihinde kabul edilen 5630 sayılı kanun ile sözleşmeye taraf olmuştur.

9 Aralık 1948 tarihinde Genel Kurul'da iki karar daha alınmıştır. Bu kararlar; uluslararası bir ceza mahkemesi kurulması konusunun Milletlerarası Hukuk Komisyonuna havalesi kararı ile, Soykırım Sözleşmesi'nin bağımsız olmayan devletlerde de uygulanmasına ilişkin karardır. İlk kararda, uluslararası toplumda böyle bir mahkemeye duyulan ihtiyaç dile getirilerek, Milletlerarası Hukuk Komisyonu'ndan, sözleşmede sözü edilen uluslararası ceza mahkemesinin kurulması konusunun incelenmesi ve Milletlerarası Adalet Divanı bünyesinde bir ceza dairesinin kurulması imkanı üzerinde durulması talep edilmiştir. İkinci kararda, soykırım sözleşmesine taraf olup, egemenliğine tabi ülkeleri yöneten devletlere, bu sözleşme hükümlerini o ülkelere de uygulamaları, bu yönde gerekli ve mümkün olan her türlü önlemi almaları tavsiye edilmiştir.¹²

1948 yılında Genel Kurul'da kabul edilen Soykırım Sözleşmesi ile soykırım artık; her ülkenin hukukuna göre ayrı ayrı da suç kabul edilen ve

¹² “Genocide Hakkındaki Anlaşmanın Metni”, çev. Atif T. Payaslıoğlu, İnsan Hakları Dergisi, Ankara, S. 28, 1949, p.30. Jale Civelek, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Marmara Müşavirlik, İstanbul, 1984, p.210. “Soykırım Sözleşmesi’ne taraf devletler soykırımın insanlık suçu olduğunu ve cezalandırılması gerektiğine olan inançlarını ifade etmektedirler.”

cezalandırılabilen fiillerden oluşan birleşik bir uluslararası suç olarak kabul edilmiştir. Böylece, devletlerin hükümetlerinin, vatandaşlarına karşı uluslararası sorumlulukları da temelden değişmiştir.¹³

Soykırım Sözleşmesi ise, bir giriş bölümü ve ondokuz maddeden oluşmaktadır. Sözleşmenin giriş bölümünde, soykırımı uluslararası hukuka göre bir suç olarak tanıyan 96(I) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararına atıf yapılarak, bu suçun Birleşmiş Milletlerin ruhuna, amaçlarına aykırı bulunduğu, kınanması ve yasaklanması gerektiği belirtilmektedir. Tarihin en eski dönemlerinden beri insanlık aleminden büyük kayıpların doğmasına yol açan bu 'nefret uyandırıcı musibetten' kurtulmak için uluslararası işbirliğinin gerekliliğine önemle işaret edilmektedir. Sözleşmenin giriş bölümünde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun vermiş olduğu 96(I) sayılı karar dışında, ne Nüremberg İlkeleri'ne, ne de yine ilkeler içinde yer alan o dönemde yalnızca savaş sırasında işlenebileceği yönünde bir kanı bulunan 'insanlığa karşı suçlar' kavramına, ne Tokyo Mahkemesi Statüsü'nde ve diğer yerel mahkeme kararlarında geçen yargılanan suçlar bakımından topluca öldürme anlamına gelen toplu katliam (mass murder) kavramına atıfta bulunulmayarak, artık soykırım kavramının bu tarihten itibaren ayrı bir suç olarak sayıldığına işaret edilmektedir.¹⁴

Birleşmiş Milletler görüşmeleri sırasında ortaya çıkan yorum sorunları nedeniyle yalnızca bir kez, 1951 yılında Soykırım Sözleşmesi ile ilgili açıklayıcı görüş almak üzere Milletlerarası Adalet Divanı'na başvurulmuştur. 28 Mayıs 1951 tarihli "Soykırım Suçunun Yasaklanması ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'ye Çekinceler" istişari mütalaasının¹⁵ en önemli noktası, Milletlerarası Adalet Divanı'nın, Soykırım Sözleşmesi'nin temelindeki ilkelerin, devletleri, her türlü sözleşme bağının dışında da bağlayan, medeni uluslarca tanınan ilkeler olduğunu belirterek, soykırımın yasaklanmasının uluslararası bir genel hukuk ilkesi olduğunu teyit etmesidir.

¹³ Raphael Lemkin, "Genocide As A Crime Under International Law", op. cit., p. 148.

¹⁴ Donald G. Dutton, Ehor O. Boyanowsky, Michael Harris Bond, 'Extreme mass homicide: From military massacre to genocide', Aggression and Violent Behavior, Vol.10, 2005, pp.40-464.

¹⁵ International Court of Justice, "Advisory Opinion of 28 May 1951 pn Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>, 08.07.2014. Martin Dixon, Robert McCorquodale, Cases and Materials on International Law, Blackstone Press Limited, London, 1991, pp.64-66.

Soykırımın bir başka hukuksal dayanağı da, belki de o dönemde yükselen özgürlük hareketlerinin bir sonucu olarak ortaya çıkmış olan 22 Kasım 1968 tarihli “Savaş ve İnsanlık Suçlarına Zamanaşımı Uygulanmazlığına İlişkin Sözleşme” dir.¹⁶Gerek giriş bölümünde, gerek sözleşmede yapılan atıflarla soykırım suçunu da kapsayan bu sözleşmenin amacı, savaş suçlarıyla insanlığa karşı suçlar yönünden işlendikleri tarih ne olursa olsun zamanaşımı kurallarının uygulanmamasıdır. İnsanlık tarihinin en büyük suçlarında biri olan soykırım suçunun faillerinin cezасız kalmalarını önlemek adına, hangi tarihte işlenmiş olursa olsun bu suçta zamanaşımı uygulanmamasını kabul etmek bu sözleşme ile kural haline gelmiştir.¹⁷

Bunun dışında bir de 3 Aralık 1973 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda 3074 /XXVIII sayı ile kabul edilen, “Soykırım suçu işleyenlerin aranması, tutuklanması, geri verilmesi ve cezalandırılması konusunda uluslararası işbirliği ilkeleri”¹⁸ ne göre, nerede işlendiğine bakılmaksızın savaş suçları ile insanlığa karşı suçlar, soruşturma konusu olmakta ve aleyhine bu suçların işlediği yönünde kanıt bulunan kişiler izlenmekte, tutuklanmakta, yargılanmakta ve suçlu bulunurlarsa cezalandırılmaktadır. Bu ilkelere göre, devletler bu konuda işbirliği içerisinde bulunmak ve birbirlerine yardımcı olmak durumundadırlar. Bu ilkeler Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na alınmış tavsiye kararı niteliğindedir. Bu ilkelere belirtilen savaş suçları ve insanlığa karşı suçların, soykırım suçunu da içerdiği göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekir. Çünkü, ilkelerin giriş bölümünde atıf yapılan, 15 Aralık 1969 tarih ve 2583/XXIV sayılı¹⁹, 15 Aralık 1970 tarih ve 2712/XXV sayılı²⁰, 18 Aralık

¹⁶ Metin için V. Anıl Çeçen, İnsan Hakları Rehberi, Bilim Yayınları, Ankara, 1999, pp.189-192.

¹⁷ Horward Ball, Prosecuting War Crimes and Genocide, The Twentieth-Century Experience, University Press of Kansas, Kansas, 1999, pp.11-19, 25-26,

¹⁸ Anıl Çeçen, op. cit., pp. 193-194.

¹⁹ Resolutions adopted by the UN General Assembly during it’s twenty-fourth session, 15 December 1969, “Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity”, <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/257/17/IMG/NR025717.pdf?OpenElement>, 09.07.2014.

²⁰ Resolutions adopted by the UN General Assembly during it’s twenty-fifth session, 15 December 1970, “Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity”, *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

1971 tarih ve 2840/XXVI sayılı²¹, 18 Aralık 1972 tarih ve 3020 sayılı²² Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararlarında da Soykırım Sözleşmesine atıf yapılmaktadır. Dolayısıyla, yorumlama yapılırken söz konusu ilkelerin soykırım suçları konusunda da uygulanacağı sonucuna varılmaktadır.

Soykırım Kavramının Tanımı ve Unsurları

Günümüzde dahi sayısal olarak geniş çapta sivillerin kasıtlı olarak öldürülmesini tanımlayan, genel olarak kabul görmüş bir terminoloji mevcut değildir. Bu konuyu açıklamak amacıyla pek çok kavram ve terim kullanılmaktadır. Bunlar arasında en çok kullanılan ise soykırım terimidir. Fakat, soykırım teriminin hem etimolojik hem de Birleşmiş Milletler kapsamında kullanılan, kurban grupları baz alan resmi anlamı çok dar olup, bu konudaki tüm alanı ve durumları kapsamamaktadır.²³ Soykırım teriminin bu şekilde kullanımı bu fiillerin uluslararası alandaki hukuki yerini belirlemek için yapılan bir kullanımdır.

Sivillerin geniş çapta öldürülmesini tanımlayan bir başka kavram da katliamdır. Katliam²⁴ ve soykırım kavramları, birbirlerine yakın olmakla birlikte, esasen temel unsurlar bakımından farklı kavramlardır.

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/349/77/IMG/NR034977.pdf?OpenElement>, 09.07.2014.

²¹ Resolutions adopted by the UN General Assembly during its twenty-sixth session, 18 December 1971, "Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity",

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/328/56/IMG/NR032856.pdf?OpenElement>, 09.07.2014.

²² Resolutions adopted by the UN General Assembly during its twenty-seventh session, 18 December 1972, "Principles of International cooperation in the detection, arrest, extradition, and Punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity",

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/270/50/IMG/NR027050.pdf?OpenElement>, 09.07.2014.

²³ Benjamin A. Valentino, *Final Solutions: Mass Killing and Genocide in the 20Th Century*, Cornell University Press, Ithaca, London, 2004, p.9. Jacques Semelin, 'Toward a vocabulary of massacre and genocide', *Journal of Genocide research*, Vol.5, No. 2, 2003, pp.198-202. (Çevrimiçi)

www.ceri-sciencespo.com/cherlist/semelin/vocabulary.pdf, 26.07.2014.

²⁴ Ibid. Yüksek sayıda sivilin kasıtlı olarak öldürülmeleri genel bağlamda katliam (mass killing) olarak adlandırılmaktadır. Katliamın kurbanları, sivil oldukları ve ölümleri kasıtlı olarak gerçekleştiği sürece herhangi bir grubun üyesi olabilmektedir (etnik, politik, dini vb.). Bu bağlamda, katliam için üç unsur söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilki, katliamın kasıtlı olmasıdır. Bu unsur, katliamı, doğal hastalıklar, salgınlar, savaş sırasında sivillerin

Katliamların, soykırım olarak adlandırılması, Raphael Lemkin ile gerçekleşmiştir. Lemkin, Yahudilerin Naziler tarafından yok edilmesini bu terim ile açıklamıştır. Daha sonra, kavramlardaki belirsizlikler ve Birleşmiş Milletler'in de soykırım terimini tercih ederek kullanması, araştırmacıları, bütün katliamları soykırım olarak kabul etmeye itmiştir. Sonraları farklı araştırmacı ve düşünürler, kendilerince bu eylemleri farklı terimlerle isimlendirmişlerdir; 'ethnocide' (etnik soykırım), 'democide' (insan kırımı), 'politicide' (siyasi soykırım), 'classicide' (sınıfsal soykırım) gibi.²⁵ Soykırım, belirli bir grup insanın ırkı, dini, milli aidiyeti nedeniyle sistemli

kasıtsız olarak öldürülmesi gibi, diğer toplu ölümlerden ayırmaktadır. Ayrıca tanıtımda yer alan kasıt yalnızca doğrudan gerçekleştirilen öldürmeler; idam (execution), bombardıman (bombing), gaz ile öldürme (gassing) gibi, ile sınırlı değildir. Açlık ve susuzluğa maruz bırakmak, salgın hastalıklara yol açmak, hayati ihtiyaçların karşılanmasını engellemek, abluka altına almak ile bireysel varlıklarını tahrip ederek, bireysel güvenliğinin, özgürlüğünün, sağlık ve haysiyetinin, fiziksel bütünlüğünün ve yaşamlarının yok edilmesi yolu ile de gerçekleştirilebilmektedir. Fakat, katliamın kasıtlılığının belirlenebilmesi, bu fiilleri gerçekleştirenlerin asıl amaçlarının veya kasıtlarının özel olarak belirlenmesini gerektirdiği için, her zaman kolay olmamaktadır. Bu nedenle tanıtımdaki kasıtın, ölümlerin, katliam yaratmak amacıyla öldürmeyi ya da sivil nüfusun davranışlarını değiştirmeye zorlamayı amaçlayan politikaların bir sonucu olarak gerçekleşmesi ve fiilleri gerçekleştirenlerin, bu fiillerin geniş çaplı bir ölümle sonuçlanacağını biliyor olması, olarak anlaşılması yerinde olacaktır. Katliamın ikinci unsuru ise 'muazzam sayı' (massive number) kavramıdır. Diğer toplu öldürme kavramlarının aksine, katliam, belli bir grubun tamamını veya kısmen öldürülmesi amacını taşımamaktadır. Bu tanımın amacına uygun olarak bu sayı, beş yıl veya daha az süre içerisinde en az ellibin kişinin öldürülmesini kapsamalıdır. Fakat bu sayısal kriter unsuru tartışmalı bir kavramdır, bu nedenle pek çok hukukçu, sayısal kriter yerine, kasıtlı olarak bir grubun yok edilmesi kavramı üzerine yoğunlaşmaktadır. Kavramın üçüncü unsuru ise, 'siviller' (savaşmayanlar-noncombatant) terimidir. Katliam kavramı, hem bu kavramı diğer toplu öldürmelerden ayıran bir unsur olarak, hem de ahlaki duyarlılığımızı inciten bir unsur olarak 'sivillik' unsuruna dayanmaktadır. Bu bağlamda, herhangi bir grubun üyesi olan sivillerin kasten öldürülmeleri katliam olarak adlandırılmakta ve ayrıca katliam, bireylerin yalnızca o grubun bir üyesi oldukları için öldürülmeleri ile de sınırlı tutulmamaktadır. Bu tanım, katliam kavramının, soykırım kavramı ile farkını da ortaya koymakta, her soykırım bir katliam ile sonuçlanırken, savaş sırasındaki hava bombardımanları, yiyecek, içecek ablukaları gibi toplu imhalara neden olan ve katliam olarak kabul edilen her olay, soykırım olarak kabul edilmemektedir. Bu iki farklı kavram yalnızca failerin, yüksek oranda sivilin hayatının kaybettirilmesini amaçlayan kararları bakımından benzeşmektedir. Katliamı diğer şiddet biçimlerinden ayıran ve bu kadar rahatsız edici kılan şey de budur. Daha ayrıntılı bilgi ve kaynak için bkz. Semin Töner Şen, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, 12 Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2010, p.15 vd.

²⁵ David El Kenz, op. cit., p. 2. Ayrıca geçmişteki katliam biçimleri için V. Ibid. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

bir biçimde yok edilmesini kapsamakta iken, ilk defa orta çağda Yahudi topluluğunun toplu olarak katledilmesini açıklamak için kullanılan, kelime olarak Yunanca'da “ bütünü yanmış” anlamına gelen Holokost ise, II. Dünya Savaşının ardından, Hitler'in Yahudilere uyguladığı ortadan kaldırma eylemini tanımlamak için kullanılmaya başlanmıştır.

Soykırım, ilk olarak Polonyalı hukukçu Rafael Lemkin²⁶ tarafından ortaya atılmış bir kavramdır. 1933 yılında Madrid'de yapılan, Beşinci Ceza Hukukunun Birleştirilmesi Milletlerarası Konferansı'nda, Lemkin, bir rapor sunmuş ve yeni suç önerilerinde bulunmuştur.²⁷ Bu raporda sunulan suçlar; barbarlık ve vandalizmdir.²⁸ Bu suçlar soykırım kavramının oluşturulmasında önemli rol oynayan iki suç tipi olarak karşımıza çıkmaktadır. 11 Ağustos 1933 yılında Irak'ta Asurluların katledilmesi, Lemkin'in, sonradan soykırım kavramının temelini oluşturacak olan, barbarlık ve vandalizm suç kavramlarını oluşturmasında önemli bir deneyim oluşturmuştur.²⁹ Fakat Lemkin'in raporunda önermiş olduğu iki suç; vandalizm ve barbarlık kavramları hakkındaki tekliflerine Madrid'de düzenlenen Beşinci Ceza Hukukunun Birleştirilmesi Milletlerarası Konferansı'nda ne de aynı yıl yine Madrid'de yapılmış olan Milletler Cemiyeti toplantısında kabul görmüştür.³⁰ Soykırım kelimesi ilk defa, Raphael Lemkin'in, II. Dünya Savaşı

²⁶ Raphael Lemkin, (Haziran 24, 1900-Ağustos 28 1959) Yahudi kökenli Polonyalı bir hukukçudur. ABD'de yaşamış ve hukuk alanındaki çalışmalarını orada yürütmüştür.

²⁷ “Acts Constituting a General (Transnational) Danger Considered as Offences Against the Law of Nations”by Raphael Lemkin, 1933 Special Report presented to the 5thConference for the Unification of Penal Law in Madrid(14-20 October 1933), (Çevrimiçi) <http://www.preventgenocide.org/lemkin/madrid1933-english.htm>, 20.07.2014. (Çevrimiçi) <http://en.wikipedia.org/wiki/Genocide>, 20.07.2014

²⁸Ibid. Burada belirtilen her iki suç da milletlerüstü (transnational) suçlar olarak nitelendirilmiş suçlardır. Bunlardan ilki olan, barbarlık, grup halindeki bireyleri hedef alan imhayı; vandalizm ise, kültürel ve sanatsal mirasın imhasını ifade etmektedir. Lemkin'in bu rapordaki önerisinde, “Irki, dini veya sosyal bir topluluğa karşı, nefretle veya kök kazıma yok etme amacıyla, bu topluluğa mensup bir bireyin yaşamına, bedensel tamlığına, özgürlüğüne, haysiyetine veya ekonomik varlığına karşı suç mahiyetinde bir fiil işleyen, her kim olursa olsun, barbarlık suçundan cezaya tabi olacaktır[...] meğer ki fiil için ceza, bu düzenlemenin daha ağır bir hükmü kapsamında olsun.” denilmektedir. Alex Alvarez, Governments, Citizens, and Genocide, A comparative and Indisciplinary Approach, Indiana University Press, Bloomington, 2001, pp.10-56.

²⁹. (Çevrimiçi) <http://en.wikipedia.org/wiki/Genocide>, 21.07.2014

³⁰ Ibid. Lemkin'in önerisinde, köle ticareti, kadın ve çocuk ticareti gibi uluslararası hukuka aykırı suçlar örnek gösterilerek, bu suçlardan bazılarının insani prensiplerden dolayı

sırasında Alman işgali altındaki ülkelerdeki işgal politikasını değerlendirdiği, 1944 yılının Kasım ayında yayınlanan “Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation –Analysis of Government-Proposals for Redress” isimli kitabının önsözünde yer almıştır.³¹ Soykırım kavramı, 1933 yılında Madrid’de sunulan raporda önerilen suçların bir devamı niteliğinde olup, barbarlık ve vandalizm uç kavramlarındaki fiilleri kapsayacak biçimde, bir ulusun tüm üyelerinin kitleler halinde öldürülmesi durumu dışında, ulusun derhal imhasını değil, ulusal grupların başlıca kurumlarının imhasını amaçlayan “farklı fiillerin koordine edildiği bir planı ifade etmektedir”.³² Lemkin, soykırım kelimesini, yalnızca Nazilerin, Yahudi ve çingenelerin kökünün tamamen kazınması politikalarını anlatmak için değil, aynı zamanda Nazilerin daha uzun vadeli olan diğer amaçlarını da anlatmak için kullanmıştır.³³ Lemkin’in analizlerine göre, Nazi Almanyası, Avrupa kıtasının demografik açıdan yeniden yapılandırılması amacını da gütmektedir. Örneğin “Ari Irk” nüfusunu arttırmak için doğumları destekleme, Slav nüfusunu yıllar içerisinde fiziksel olarak yok etmek için “kültür, dil, milli duygular, din” gibi kavramları tahrip etme ve Alman olmayan “kan yolu”

cezalandırıldığı ifade edilmektedir. Buradaki amaç, bireylerin şeref ve özgürlüklerini korumaktır, fakat aynı zamanda önemleri nedeniyle milletlerarası topluluğu da ilgilendirmektedirler, yani bir saldırı fiili bir topluluğun üyesine karşı yapılırken, buradaki amaç yalnızca bireye zarar vermek değil, aynı zamanda bireyin içinde bulunduğu topluluğa da zarar vermektir. Bu suçlar, yani etnik, dini veya ne saikle olursa olsun bir topluluğun kökünü kazımaya, yok etmeye yönelik hareketler, sosyal düzenin temelini de sarsmaktadır. Lemkin, bu fiilleri barbarlık olarak tanımlar. Ortak unsurları, topluluğun mevcudiyetini ve de sosyal düzeni sarsmak, tehlikeye sokmaktır. Barbarlık, ahlaki değerlere zarar verebilir, aynı zamanda göçlere neden olabilir ve bireylerin ve ülkenin ekonomik çıkarlarına etki edebilir. Topluluğu hedef alan sistematik ve organize imha etme, topluluğun yaratmış olduğu sanat, kültürel miras, bilim ve edebiyat alanlarına da yönelmiş olabilir. Topluluğun kültürü ve sanatına yönelik bu fiiller ise aynı zamanda dünyanın kültür mirasına yönelmiş olan fiillerdir ve Lemkin bu fiilleri vandalizm olarak tanımlar. Bu nedenlerledir ki Lemkin barbarlık ve vandalizmin uluslararası hukuka aykırı suçlar olarak tanımlanması önerisinde bulunmuştur. Fakat bu önerileri konferansta kabul edilmemiştir.

³¹ Raphael Lemkin, Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation-Analysis of Government-Proposals for Redress, Washington. Carnegie Endowment for International Peace, 1944, Chapter IX, pp. 79-95.

(Çevrimiçi) <http://www.preventgenocide.org/lemkin/AxisRule1944-1.htm>, 11.06.2014.

³² “Milli grupların, grubun kendisini yok etmeyi amaçlayan biçimde, temel yaşam kaynaklarının yok edilmesi maksadıyla gerçekleştirilen farklı fiillerin koordine edildiği bir plan” olarak tanımlanmaktadır. Ibid., p.79.

³³Ibid.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ile Almanya ile bağlantısı olduğu farzedilen ulusların, “Ari Irk”tan ayrı bir ekonomik varlık göstermelerini engelleme politikalarını izlemektedir. Bu nedenle soykırım, farklı fiillerin koordine edildiği bir plan olarak nitelendirilmektedir.

Soykırım kelimesi Antik Yunanca’da ırk, kabile, klan anlamına gelen “Genos” kelimesi ile Latince’de öldürme anlamını taşıyan “Cide “ekini birleştirmek suretiyle ortaya çıkmış olan bir kelimedir.³⁴ Raphael Lemkin, Winston Churchill’in savaş sırasındaki bir konuşmasında da dile getirdiği gibi, “milletlerarası toplumun karşı karşıya kaldığı isimsiz suça”, isim balığı yaparak “Genocide” kelimesini türetmiştir.³⁵

Soykırım, milli, dini, irki veya etnik grupların hem biyolojik hem de kültürel imhasını ifade etmektedir. Burada kastedilen, derhal imha etmekten ziyade, milli bir grubun esaslı yaşam müesseselerini ortadan kaldırmak suretiyle grubun sonunu getirmektir. Amaç; grubun, siyasi ve sosyal müesseselerini, kültürel varlığını, dilini, dinini, milli duygularını ve ekonomik varlığını tahrip ederek, bireysel güvenliğinin, özgürlüğünün, sağlık ve hayiyetinin, hatta fiziksel bütünlüğünün, yaşamlarının yok edilmesidir.³⁶ Soykırım, bir bütün olarak ulusal gruba yönelmektedir. Soykırım fiilleri bireylere yöneliktir fakat, bu yöndeki fiiller, bireylerin kişiliklerine değil, grubun varlığına yönelmekte ve bireyler yalnızca o grubun üyesi oldukları için onlar üzerinde uygulanmaktadır.³⁷

³⁴Ibid.

³⁵ Yunanca ulus anlamındaki “ethnos” ile Latince “cide”nin bileşiminden oluşan “ethnocide” kelimesinin de soykırımla aynı anlamı ifade edeceğini de belirtmiştir. Fakat Lemkin tanımlamalarında sık sık “uluslar ve “ulusal gruplar” ifadelerini kullanmayı tercih etmiş olsa da, kafasında oluşturduğu suç için “ethnocide” yerine “genocide” kelimesini kullanmayı tercih etmiştir. Lemkin, uluslararası hukukta daha önce kullanılmakta olan, “Milli haklardan mahrum etme” (denationalization), veya millileştirmeyi ifade eden Almanlaştırma, İtalyanlaştırma, Macarlaştırma... vb. gibi terimlerin, biyolojik imhayı karşılayamadıkları ve yetersiz kaldıkları düşüncesi nedeniyle “Genocide” (soykırım) kelimesinin yeni bir kavram olarak türetilmesine ihtiyaç duymuştur. Toplu katliam kavramı da, kültürel imhayı ifade edememektedir. Semin Töner Şen, op. cit., pp.15-16.

³⁶Bu bağlamda sadece yaşam hakkından mahrum etmek değil, doğumların engellenmesi ile de yaşam hakkı önlenmekte, farklı yöntemlerle yaşam ve sağlık önemli derecede tehlikeye sokulmaktadır. Raphael Lemkin, “Genocide As A Crime Under International Law”, AJIL, vol. 41, 1947, p.147. Bu kavram pek çok yazar tarafından tanımlanmıştır. Diğer tanımlar için bkz. Semin Töner Şen, op. cit., pp. 48-55.

³⁷Raphael Lemkin, Supra note.46, p.79. Lemkin, bunlara örnek olarak işgal altındaki ülkelerde sadece belli bir grubun üyelerinin mülklerinin müsaderesini göstermektedir.

Bu tanımda dikkat çekici olan iki nokta bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, bu grubun yaşamı için esas teşkil eden kurumların yok edilmesi, bunlara zarar verilmesi yönünde koordine edilmiş bir planın varlığı, ikincisi ise, bu planın grubu ortadan kaldırma amacını taşımasıdır. Ayrıca Lemkin'e göre soykırım sürecinde iki temel evre bulunmaktadır. İlk evrede baskıcı grup bastırılan grubun ulusal modelini ortadan kaldırmayı, ikinci evredeyse kendi ulusal modelini bastırılan gruba empoze etmeyi hedefler.³⁸

Lemkin, II. Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanyasının işgal ettiği ülkelerdeki işgal politikasını değerlendirdiği "Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation –Analysis of Government-Proposals for Redress" isimli kitabında, bu fiilleri şöyle sıralamakta ve bu fiiller, Lemkin'in "Soykırım-Modern Suç" başlıklı makalesinde belirttiği soykırım anlayışındaki, soykırım şekli ve tekniklerini de açıkça ortaya koymaktadır. Bunlar: siyasi olarak işgal edilen yerlerdeki yerel yönetimlerin kaldırılması ve yeni idare modellerinin uygulamaya konulması, kendi içinde "getto" olarak tabir edilen kapalı bölgeler oluşturulması, devletleri zayıflatmak için ülkelerin suni sınırlarla küçük ve çok sayıda parçalara ve bölgelere bölünmesi, kukla devlet ve hükümetlerin yaratılması, eski milli özellikleri hatırlatacak her türlü işaret, sembol, ticari simge, sokak, yer, kişi isimlerinin yasaklanması, yeni siyasi partiler kurulup eskilerin lav edilmesi, Nazi partisi üyelerine özel imtiyazlar ve himaye tanınması, başka ülkelerden, örneğin Polonya'dan getirilen Almanların, esas ev sahiplerinin çıkartılması suretiyle bu evlere yerleştirilmeleri yoluyla sömürgecilik sisteminin uygulanması ve yerleşmeye teşvik için vergi muafiyetleri gibi imtiyazların tanınmasıdır. Yine, sosyal olarak, milli mahkemelerin ve hukuk sisteminin ilga edilerek yerine Alman mahkemelerinin kurulması, Alman hukukunun ve hukuk dilinin benimsetilmesi, Almanlarla kan bağı olsa dahi milli fikirleri ve direniş ruhunu canlandırıp liderlik yapabilecek aydınların ve direnişçilerin öldürülmesi veya zorla çalıştırılmak üzere ülkeden götürülmesi;

Savaşın, eşit egemenler ve onların orduları arasında gerçekleşmesi gerekirken, burada hedef alınan kitle devlet değil, onu oluşturan bireyler yani millet unsurudur, şeklinde ifade etmektedir. Raphael Lemkin, "Genocide A New International Crime Punishment and Prevention" RIDP, No.10, 1946, p. 361.

³⁸ Lawrence J. Le Blanc, The United States and Genocide Convention, Duke University Press, Londfon, 1991, p.18.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

kültürel olarak okullarda ve basında milli dilin yasaklanması ve tüm okullardaki eğitim dilin Almanca yapılması, çocukların küçük yaşlardan itibaren Alman öğretmenler tarafından Nasyonel Sosyalizm doktrini ile yetiştirilmeleri, Almanca'nın eğitim dili dışında mahkemelerde, hükümet yazışmalarında ve hatta cadde ve sokak isimlerinde kullanılması, milli fikir ve sanatın gelişmesini önlemek amaçlı olarak, Polonya'da özgür sanat okullarının yasaklanarak öğrencilerin ticaret okullarında okumaya zorlanması, resim, heykel, müzik, edebiyat, tiyatro, mimarlık, basın, radyo, sinema gibi dallarda faaliyet gösterebilmek için Alman makamlarından lisans alma şartının getirilmesi de bu kapsam da yer almaktadır. Anıtların tahribi, kütüphane, arşiv, müze ve galerilerin başka yerlere taşınması veya yakılması; ekonomik olarak, ülkenin ekonomik kaynakları, müesseselerini yok ederek yaşam standartlarını düşürmek ve bireylerin kültürel ve milli yaşam enerjilerini tüketmek, ülke ekonomisinin yavaşlatılması, geriletilmesi, çalışma imkanlarının o ülke vatandaşlarının elinden alınması, çalışma yasaklarının konması, küçük esnaf ve el işçiliği yapabilmeye lisans şartı getirilmesi, bankalara ve mevduatlara el konulması da ekonomik anlamda gerçekleştirilen soykırım şekillerini ifade etmektedir. Biyolojik olarak, işgal edilen ülkelerde Alman kan bağı bulunmayanların doğum oranlarını düşürecek önlemler alınması, örneğin kadın ve erkeklerin ayrılarak zorla çalıştırılması, bu kan bağını taşıyanların doğum oranlarının arttırılması için desteklenmesi, işgalci erkeklerden evlilik dışı çocuk sahibi olmanın teşvik edilmesi; fiziksel olarak, ırk ayrımına dayalı beslenmenin oluşturulması, beslenme miktar ve düzenini belirlenmesi, temel yaşamsal ve sağlık ihtiyaçlarından mahrum bırakarak sağlığın tehlikeye sokulması ve özellikle çocuk ölümlerinin hedeflenmesi de bu bağlamda değerlendirilmektedir. Bunlara ek olarak, yakıt, ilaç, giyecek gibi maddelerin verilmemesi veya olanların müsadere edilmesi, örneğin kışın soğukta soğuktan koruyacak hiçbir kıyafetin ve battaniyenin verilmemesi ve hatta olanların toplatılması, gettolarda temiz hava almanın dahi engellenmesi, salgın hastalıklara meydan verilmesi, yük vagon ve kamyonlarında nakillerin yapılması, toplu katliamlar yapılması da soykırım fiillerine örnek gösterilmektedir. Aynı şekilde, dini olarak on dört yaşından küçük çocuklara benimsedikleri dini terk etme imkanının tanınması, ruhani liderliği yürüten kilise ve mülklerinin sistematik olarak yağmalanması ve tahribi, din adamlarının kovuşturulması, manevi gücün zayıflatılması amacıyla dini liderliğin yok edilmesi; ahlaki açı-

dan da, ahlaki bir çöküş havası yaratılması, toplu idealler ve duygular yerine bireysel çıkarların ön plana çıkartılması, yiyecek fiyatlarının yükseltilmesine karşın alkol fiyatları aşağıya çekilerek tüketiminin desteklenmesi, müstehcen yayınlara izin verilmesi, bireylerin kumara özendirilmesi de bu kapsamda yer almaktadır.³⁹

Lemkin, suçu ve fiillerini bu şekilde ortaya koyduktan sonra, savaş hukukuna dair La Haye düzenlemelerini bu konuda yetersiz bulduğunu ve yeni düzenlemelerle değişikliğe gidilmesi gerektiğini belirterek, bu suçun uluslararası hukukta, deniz haydutluğu, köle ticareti gibi suçlar gibi benimsenmesi gerektiğini ve hatta milli hukuklarda da ayrıca benimsenmesi ve önemle düzenlenmesi gerektiği görüşünü ifade etmiştir. Suç, evrensel baskı altına alınmalı ve uluslararası bir suç olarak kabul edilerek, bu konuda devletlerin yetkileri genişletilmeli, sadece failin suçun işlendiği ülke mahkemelerinde değil, fail, kaçtığı ülkelerde veya yakalandığı her ülkede yargı önüne çıkartılabilmelidir. Faillerin, suçun işlendiği yere, suçu işleyen ve suça maruz kalanların milliyetlerine bakılmadan, her yerde yargılanabilmeleri kabul edilmelidir. Bu suçu işleyenler, genelde devlet yetkilileri veya devletten destek alan gruplardır. Bu açıdan Milletler Cemiyeti bu konudaki yetkisini kullanmalı, gerektiğinde Ekonomik ve Sosyal Konsey bünyesindeki organlarda bu suçu işleyen veya işlenmesine destek veren hükümeti, bu konudaki ithamları cevaplamaya davet etmelidir. Bu konuda yaptırımlar oluşturulmalıdır.⁴⁰

Kişilerin işledikleri uluslararası suçlardan dolayı uluslararası bir mahkemede yargılanmaları gereği, I. Dünya Savaşı sonrasında geniş ölçüde tartışılmıştır. Fakat, yukarıda da değindiğimiz gibi,⁴¹ bu dönemde oluşturulması kararlaştırılan mahkemeler ya oluşturulamamış, ya yargılamada bulunamamış ya da yargılama sonuçları devletler açısından tatmin edici

³⁹ Raphael Lemkin, Supra note. 54, Raphael Lemkin, “Le Genocide”, RIDP, No.11, 1946, p.378. Semin Töner Şen, op. cit., pp. 17-18.

⁴⁰ Raphael Lemkin, “Genocide A New International Crime Punishment and Prevention”, op.cit., p.368, Raphael Lemkin, “Genocide As A Crime Under International Law”, op. cit., p. 146.

⁴¹ Versailles Andlaşması'nın 227. maddesinde Alman İmparatoru'nun yargılanabilmesi için uluslararası bir mahkemenin kurulmasının yolu açılmıştır. Fakat Alman İmparatoru'nun iade edilmemesi nedeniyle yargılama yapılamamıştır. Ayrıca I. Dünya Savaşı sırasında işlenen suçlardan sorumlu kişilerin yargılanması için oluşturulan Leipzig Mahkemesi'nin de yargılamalarının hayal kırıklığı yarattığı ortadadır.

olmamıştır. 1940'lı yıllarda, II. Dünya Savaşı'nın başlarında, Nazi'lerin Yahudilere yaptıkları henüz tam açıklığıyla bilinmediğinden, özellikle İngiltere ve Amerika, Almanya sınırları içerisinde işlenen suçların, uluslararası bir mahkemede yargılanmasından yana değildir. Buna karşın, bu devletler, Almanya'nın kendi ülkesi dışında, işgal ettiği ülkelerde işlediği fiillerden dolayı, sorumluların yargılanmaları gerektiğini savunmuşlardır. Bunun nedeni, devletlerin kendi toprakları üzerinde egemenliklerinin tam olmasından kaynaklanan ulus-devlet egemenlik anlayışına, saygıyı devam ettirmek istemeleridir. Zira insanlığa karşı suç kavramı, doktrinde tartışılmakla birlikte, bir devletin kendi ülkesi içindeki suçları kapsayacak şekilde henüz devletler hukukuna girmemiş, savaş hukukunda ise sadece savaş sırasında ülke dışındaki sivillere karşı işlenen suçlardan dolayı, sorumluların uluslararası yargıya tabi olmaları öngörülmüştür.⁴²

Yıllar ilerledikçe ve Almanların Yahudilere yaptıkları yavaş yavaş uluslararası alanda ortaya çıktıkça, ülke içinde işlenen suçlar için de sorumluların yargılanması görüşü ağırlık kazanmaya başlamıştır. 1941 yılında başlayan çalışmalar, 1945 yılında Amerika'nın Londra Konferansı'na sunduğu bir öneriyle yeni bir noktaya ulaşmıştır. Burada La Haye sözleşmelerinde yer alan 'Martens Hükümü'nden yararlanılmıştır. Böylece, bir suç önceden açıkça tanımlanmamışsa, uygar halkların teamülü, insanlık hukuku ve kamu vicdanının emirlere dayanan milli hukuk ilkelerinin uygulanması öngörülmüştür. Ancak 'Martens Hükümü' bir savaş hukuku kavramıdır. Ülke içinde işlenen suçların yargılanması, saldırı kavramıyla yani savaşı başlatmayla ilişkilendirilmekte ve savaşa yapılan bu atıf, içişlerine karışmanın mazeretini oluşturmaktadır. Londra Konferansı'nın tutanakları incelendiğinde, Almanya'nın içişlerine karışmanın, ileride kendi içişlerine karışmaya da emsal oluşturabilmesine karşı, özellikle Amerika'nın ne denli hassas olduğu açıkça görülmektedir.⁴³ Bu konuda Londra Konferansına katılan Amerikan delegesi; ayrıca Nüremberg Mahkemelerinde başsavcı olarak da görev yapmıştır, Robert H. Jackson Konferansa ilişkin raporuna ekli tutanaklarda şöyle demiştir:

“Hükümetimizin dış politikaya ilişkin genel bir ilkesi olarak, başka hükümetlerin içişleri doğal olarak bizim işimizi oluşturmaz; bu demektir ki, Almanya'nın vatandaşlarına veya başka bir ülkenin kendi vatandaşları-

⁴² Gündüz Aktan, loc. cit.

⁴³ Gündüz Aktan, loc.cit.

na davranış şekli, diğer hükümetlerden daha fazla bizim işimiz değildir. Yahudilerin yok edilmeleri veya azınlık haklarının çiğnenmesi olaylarında bizi uluslararası endişeye sevk eden bu fiillerin, hukuk dışı bir savaş planının parçası olmalarıdır. Bir savaş sebebimiz bulunmasına rağmen, bu gibi fiillerle ilgilenmek için nedenimiz olmadığını düşünüyorum. Bu fiiller, Almanya içinde gerçekleştirildikleri için bir savaş hazırlığının ya da savaş yönetiminin parçasını oluşturmaktadırlar ve bu da bizi endişelendiren şeydir.”⁴⁴

Asıl olan ve en çok kullanılan soykırım tanımı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1948 tarihli “Soykırımın Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme”sinde yapılan tanımdır. Bu tanımda:⁴⁵

“**Madde 1.** Sözleşmeciler devletler, ister barış zamanında isterse savaş zamanında işlensin, önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ettikleri soykırımın uluslararası hukuka göre bir suç olduğunu teyit eder.

Madde 2. Bu sözleşme bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden her hangi biri soykırım suçunu oluşturur:

- a. Gruba mensup olanların öldürülmesi,
- b. Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi,
- c. Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracığı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek,
- d. Grubun içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak,
- e. Gruba mensup çocukları zorla başka bir gruba nakletmek.”

Soykırım suçu iki unsurdan oluşur. Suçun maddi unsuru, actus reus, suçu oluşturan fiilleri; psikolojik unsuru, mens rea⁴⁶ da kast unsurunu ifade eder. Bu iki unsurun yanı sıra bir de, gerçekleştirilen fiillerin yasada belir-

⁴⁴ The Avalon Project, Report of Robert H Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials: London, 1945, Minutes of Conference Session of July 23, 1945, www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/jackson/jack44.htm, 10.07.2014.

⁴⁵ Sözleşmenin İngilizce ve Türkçe metni için V.Osman Doğru, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, 1 Baskı, Ağustos, Beta Yayınları, İstanbul, 1998, p. 250. Marmara Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi internet sitesi, (Çevrimiçi) <http://www.ihm.8m.com/x1soysos.htm>, 11.07.2014.

⁴⁶ “Actus non facit reum nisi mens sit rea: An act does not make a person guilty of a crime, unless the person’s mind be also guilty.” (Commentary on The Rome Statute of the ICC, Article 30, op.cit., p. 529).

tilen yazılı tanıma uygun olması anlamına gelen kanuni unsur, tipiklik unsuru da soykırım suçunun unsurları arasında gösterilebilir. Actus reus'u oluşturan, suçu meydana getiren fiiller, sözleşmenin ikinci maddesinde sayılan (a) bendinden (e) bendine kadar olan beş fiilden ibarettir. Mens rea'yı oluşturan ve suçun oluşması için mutlaka bulunması gereken özel kast unsuru ise, milli, etnik, ırki veya dini bir grubu, grup olarak, tamamen veya kısmen yok etmek kastıdır.⁴⁷

Soykırım suçunun tanımının yapıldığı bir başka uluslararası belge de, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsüdür. Statünün altıncı maddesinde soykırım sözleşmesindeki tanım aynen benimsenmiştir. Soykırım başlığını taşıyan bu madde:⁴⁸

“Madde 6. *Bu Statünün amaçları bakımından, ulusal, etnik, ırksal veya dinsel bir grubu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmak amacıyla işlenen aşağıdaki fiillerden herhangi biri soykırım suçunu oluşturur.*

- a. *Gruba mensup olanların öldürülmesi,*
- b. *Grubun mensuplarına ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi,*
- c. *Grubun bütünüyle veya kısmen, fiziksel varlığını ortadan kaldıracığı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek,*
- d. *Grubun içinde doğumları engellemek amacıyla tedbirler almak,*
- e. *Gruba mensup çocukları zorla başka bir gruba nakletmek.”*

1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsünde yapılan tanımlar aynıdır. Hatta bu tanım ve unsurları, Eski Yugoslavya İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ruanda İçin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde de aynen kabul edilmiştir.

Fiillerin suç olarak düzenlenmesinin nerede bulunduğu da önemlidir. Bu bakımdan uluslararası sözleşmeler ve ülkelerin iç ceza kanunları tipiklik unsurunun yerine getirilmesinde önem arz etmektedir. 1948 Soykırım Sözleşmesi öncesi soykırım kavramını, fiilleri ve bu fiilleri suç olarak tanımlayan, hukuki bir belge olmadığı için, aslında bu tarihten önce gerçek-

⁴⁷ Suçun konusu ve unsurlarının ayrıntılı açıklamaları için bkz. Semin Töner Şen, pp. 58-142.

⁴⁸ Roma Statüsünün Türkçe metni için V. (Çevrimiçi) http://www.ucmk.org.tr/images/belgeler/uluslararasi_ceza_%20mahkemesi_roma_statusu.pdf, 19.09.2014. Enver Bozkurt, Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 1999.

leşen fiillerin; örneğin Hitler Almanyası'nda Yahudilere yapılanlar, tipiklik unsurunu taşımadığı sonucuna varabiliriz. Fakat bu tarihten sonra yapılan soykırım fiilleri için aynı şey sözkonusu olmayacaktır. Soykırım Sözleşmesi'nden sonra, ülkeler bu sözleşmeyi onaylamış olsalar da yine bu konuda kendi iç hukuklarında, ulusal ceza kanunlarında ya da özel kanunlarla da düzenlemeler yapmışlardır.⁴⁹

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Yeni Türk Ceza Kanunu) ile uluslararası ceza hukukuna ait hükümler, Türk hukuk hayatına girmiştir. Türk Ceza Kanunu'na eklenen yeni kısımda, uluslararası hukuk suçları bulunmaktadır.⁵⁰Türk Ceza Kanunu'nun bu yeni düzenlemelerinden biri de soykırıma ilişkindir. Kanunun, ikinci kitabının yani özel hükümlerin başladığı bölümde 76. madde soykırım başlığını taşımaktadır. Buna göre, Türk Ceza Kanunu madde 76⁵¹ şöyle düzenlenmektedir:

“1. Bir planın icrası suretiyle, milli, etnik, ırki veya dini bir grubun tamamı veya kısmen yok edilmesi maksadıyla, bu grupların üyelerine karşı aşağıdaki fiillerden birinin işlenmesi, soykırım suçunu oluşturur:

- a. Kasten öldürme.*
- b. Kişilerin bedensel veya ruhsal bütünlüklerine ağır zarar verme.*
- c. Grubun, tamamen veya kısmen yok edilmesi sonucunu doğuracak koşullarda yaşamaya zorlanması.*
- d. Grup içinde doğumlara engel olmaya yönelik tedbirlerin alınması.*
- e. Gruba ait çocukların bir başka gruba zorla nakledilmesi.*

⁴⁹ (Çevrimiçi) <http://preventgenocide.org/law/domestic>, 01.07.2014. Çeşitli ülkelerin iç hukuk düzenlemeleri için bkz. Semin Töner Şen, op. Cit., pp. 92-94.

⁵⁰ 5237 sayılı TCK'da uluslararası hukuk suçlarından soykırım ve insanlığa karşı suçlar düzenlenmiş, diğer iki uluslararası hukuk suçu olan savaş suçları ve saldırı savaşı suçu düzenlenmemiştir. Kanun ile düzenlenen diğer uluslararası suçlar ise, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçlarıdır. İşkence, para sahtekarlıkları, uyuşturucu madde suçları gibi diğer uluslararası suçlar ise ceza kanununun farklı kısımlarında düzenlenmiştir. Fikret İlkiz, ‘Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar’, Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, 5 Mart 2005, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, No:7, pp.135-137. Köksal Bayraktar, ‘Soykırım Suçu’, Av. Dr. Şükrü Alpaşlan’a Armağan, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul Barosu, İstanbul, Mayıs 2007, pp. 271-282.

⁵¹ Kanun No: 5257, Kabul Tarihi: 26 Eylül 2004, Yayınlandığı Resmi Gazete: 12.10.2004-Sayı: 25611. (Çevrimiçi) <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5237.html>, 16.07.2014.

2. Soykırım suçu failine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir. Ancak, soykırım kapsamında işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama suçları açısından, belirlenen mağdur sayısınca gerçek içtima hükümleri uygulanır.

3. Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirlerine hüküm olunur.

4. Bu suçlardan dolayı zamanaşımı işlemez.”

Soykırım ve insanlığa karşı suçların, dünyanın barış ve güvenliğini tehdit etmesi, uluslararası toplumun tamamını ilgilendiren en ağır suçlar olması nedeniyle bu suçlara ilişkin maddeler ceza kanununda özel hükümlerin başına konmuştur.⁵²

5237 sayılı Kanunun 76. maddesinin gerekçesinde, Soykırım Sözleşmesi'ne 23 Mart 1950 tarihinde, 5630 sayılı Kanun uyarınca çekince koymaksızın onaylayan Türkiye'nin, Soykırım Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer alan soykırım suçu sanıklarına etkin cezaların verilmesinin sağlanması ve Sözleşme'nin hükümlerinin yürürlüğe konması amacıyla, sözleşmeciler devletlere yüklenen yükümlülüğü yerine getirmek için Türk Ceza Kanunu'nda soykırım suçuna yer verildiği belirtilmektedir.⁵³ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, daha önce bu konuda yapılmamış olan düzenlemelerin eksikliklerini gidermektedir. Bu kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde bu suçlar, işleniş şekilleri dikkate alınarak kasten adam öldürme, adam öldürmenin nitelikli şekilleri, müessir fiil, kişi hürriyetini kısıtlama gibi suçlar olarak kabul edilmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nda yer verilen soykırım suçunun, Roma Statüsünden esinlenildiği ve Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesini birkaç değişiklikle tekrarlamakta olduğu hemen göze çarpmaktadır. Bu suç ile korunan hukuki yarar, belirli bir grubun üyesi olmaları olan kişilerin, maddi (fiziksel) ve manevi varlıklarını, başka bir ifade ile yaşamlarını, vücut bütünlüklerini, kişi özgürlüklerini, şeref ve haysiyetlerini korumak ve belli bir grubun üyesi olmaları sebebiyle belirtilen zararlara uğramalarını önlemektir. Esasen, bir grubun tamamen veya kısmen yok edilmesi, ortak in-

⁵² Faruk Turhan, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Uluslararası Suçlar, p.1. (Çevrimiçi) http://www.ucmk.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=35&Itemid=1, 06.07.2014.

⁵³ Ahmet Taşkın, 'Türk Ceza Kanunu'nun Amacı', (Çevrimiçi) <http://www.yayin.adalet.gov.tr>, 07.07.2014.

sanlık değerlerine aykırı olduğundan, suçun kanunda yer alması ile genel anlamda insanlığın devamlılığı ve ortak insani değerler de korunmaktadır.

Soykırım Sözleşmesi ile Türk Ceza Kanunu madde 76 ayrılmaktadır. Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesini ufak değişikliklerle tekrarlayan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 76. maddesinin Soykırım Sözleşmesi madde 2 ile arasındaki başlıca fark olarak, Sözleşme'deki soykırım suçunun tanımında suçun oluşması için [...]‘herhangi bir planın icrası suretiyle[...]’ işlenmesinin öngörülmemesi, fakat Türk Ceza Kanunu madde 76’da bu ifadenin yer alması gösterilmektedir. Türk Ceza Kanunu böylelikle, soykırım suçunun unsurlarının ancak belli bir plan dahilinde işlenmesi ile oluşacağını belirleyerek, suçun uygulama alanını daraltmaktadır. Ancak böyle bir plan olmadan soykırım suçunu düşünmek de hemen hemen imkansızdır, fakat failin böyle bir planın veya bu planla ilgili politikanın bütün detaylarını bilmesi gerekli değildir. Türk Ceza Kanunu’nda yapılan bu düzenlemeyi bu bağlamda, soykırım suçunun maddi unsurlarına bir yenisini eklemek olarak değil de, yok etme kastının ispatını kolaylaştıran bir unsur olarak anlamak daha uygun olacaktır.⁵⁴

Holokost Kavramı; Soykırım İçerisindeki Yeri

Holokost kelimesi Antik Yunanca’da “holos”, ‘bütün’ ve “caust”, ‘yanmış’ (whole burnt) kelimelerinin biraraya gelmesi ile ortaya çıkmıştır. Kavram, tarihte ilk kez Orta çağda Yahudi toplumunun toplu olarak katledilmesi ile bağlantılı olarak kullanılmıştır. II. Dünya Savaşı’nda, Hitler’in, Yahudileri daha önce emsali görülmemiş yok etme politikasına kadar bu kavram soykırım ile eşanlamlı olarak kullanılmış, ancak bu tarihten sonra yalnızca bu spesifik kıyım için kullanılmaya başlanmıştır. Kitlesel imhaların, tanımlanması, soruşturulması, araştırılması, suç haline getirilmesi ve öğretilme-

⁵⁴ Faruk Turhan, op.cit. Karşı görüşler için V. Esat Eraslan, “1915 Yılı Olaylarının Soykırım Suçu ve İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi, Yeni Türk Ceza Yasasında Yapılan Hatalar”, Uluslararası Hukuk ve Politika, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu Yayını, C. I, No: 4, Ankara, 2005, pp.29-30. “...Türkiye bir yanda, taraf olmadığı bir statü ve 2002 yılından itibaren faaliyette bulunan bir Uluslararası Ceza Mahkemesi ile; öte yandan çok daha ileri giderek Bu Soykırım Sözleşmesinin suç saymadığı hususları da suç sayıp kendi iç hukukumuzun bir parçası haline getirdiğimiz, YTCY gibi oldukça ucube bir durumla karşı karşıyadır...”Ayrıca bu görüşe göre, YTCK’ya göre soykırım suçunun ancak bir plan dahilinde işlenebiliyor olması, Türkiye’yi ileride köşeye sıkıştıracaktır ifadesine yer verilmektedir.

ye başlanması, II. Dünya Savaşı sırasında, Naziler ve işbirlikçileri tarafından gerçekleştirilen ve Avrupa Yahudilerini hedef alan fiillerin gerçekleştirilmesinden sonra başlamıştır.

Holokost kelimesi tarihi bir suç ifade etmektedir. Günümüzde, holokost, 6 milyon Avrupalı Yahudinin öldürülmesi gibi aynı zamanda 10 milyon kadar, Romen; çingene, Polonyalı ve homoseksüellerden oluşan, 'istenmeyen' insanların katledilmesi için de kullanılmaktadır. Holokostu diğer soykırımlardan ayıran, bu kıyımın tarihteki etkililiğidir. Öyle ki, bu kıyım esnasında, Naziler, saat başına yok etme oranını arttırabilmek adına mühendisler kullanmışlardır. Bu öyle korkunç düşüncedir ki, insanların kendi kazmış oldukları mezarlara öldürülerek gömülmesine, topluca kamyonların arkalarına atılarak gaz odalarına ve trenlerle ölüm kamplarına taşınmalarına kadar birçok eylemi kapsamaktadır.

Holokost gibi paradigmatik⁵⁵ bir soykırımı açık ve iyi bir şekilde anlamak, katliam, insan hakları ihlalleri ve soykırım gibi benzer fiilleri içeren insanlık aleyhine suçları daha iyi anlamaya yardımcı olacaktır.

Yargılama ve Kararlar

Nüremberg ilkeleri çerçevesinde yapılan "insanlığa karşı suç" tanımında da görüleceği üzere, Yahudilere karşı işlenen suçlar Almanya'nın içinde işlenmiş olsa dahi, yargı konusu olabilecektir.⁵⁶ Buradaki tek şart bu suçların savaşla ilişkili olarak savaş sırasında işlenmiş olmasıdır. Bir ülkenin içişlerine karışabilmek için, yine o ülkeyle bir savaş içine girilmesi gerekçesi aranmaktan vazgeçilemediğini göstermektedir. Yahudilerin ve diğerlerinin, tarihin görmediği bir vahşetle yok edilmesinin dahi, bir ülkenin içinde işlenen suçların, kendi başına uluslararası yargıya konu olmasına yetmemiştir. O sırada sözcük olarak bilinmesine rağmen soykırım kavramı Nüremberg ilkeleri arasında sayılmamış, ilkeler içinde yer alan insanlığa karşı suçlar kavramı soykırımı kavramını da içermiştir. Soykırım kavramı

⁵⁵ Paradigma, Türk Dil Kurumu Sözlüğü karşılığı , 'değerler dizisi' dir. Paradigmatik; kendinden farklı, ama yine de bir arada düşünülebilen diğer terimler bütünü için temel oluşturan terime ilişkin, olarak açıklanabilir.

⁵⁶ Nüremberg İlkeleri konusunda detaylı bilgi için V. Herbert Hirsch, Genocide and the Policy of Memory, Studying Death to Preserve, The University of North Caroline Press, London, 1995, pp. 185-189.

henüz bağımsız bir uluslararası suç kategorisi olacak kadar açıklık ve kesinlik kazanmamıştır.⁵⁷

Nüremberg Mahkemesi, II. Dünya Savaşı sırasında Müttefik Devletlerce yapılan 30 Ekim 1943 tarihli Moskova Deklarasyonu ile 8.8.1945 tarihli Londra Andlaşması çerçevesinde kurulmuştur. Amacı II. Dünya Savaşı sırasında suç işleyen üst düzey savaş suçlularının yakalanıp yargılanmasıdır. Bu konu, kimilerince insancıl hukuku ihlal edenlerin yargılanıp, ceza alması yönünde olumlu bir adım olduğu yönünde değerlendirilirken, kimilerine göre de galiplerin mağlupları yargıladığı siyasal boyutlu bir yargılamayı oluşturmaktadır. Mahkemenin suçlar bakımından yetkisi, Nüremberg ilkeleri 6. maddesinde belirtilen, barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar olarak tanımlanmaktadır. Mahkemenin yer bakımından yetkisi, savaş bölgesi ile sınırlıdır, zaman bakımından yetki konusunda ise ‘savaştan önce ya da savaş sırasında’ tanımlamasıyla bir belirleme yapılmıştır.

Nüremberg Mahkemesi Ekim 1945’te, 24 Nazi sanık hakkında iddianamenin okunmasıyla başlamıştır. Mahkeme, 24 üst düzey Nazi Hükümet görevlisini yargılamış, üçyüzbin tanık dinlemiş, 6300 kanıtı değerlendirerek, bir yılda 402 oturum yapmıştır. Sekiz hakim ve sekiz savcıdan oluşan bu ad hoc⁵⁸ mahkeme; barışı ortadan kaldırmaya veya tehlikeye atmaya ilişkin suçları, insanlığa karşı işlenen suçları, savaş suçlarını yargılayarak,⁵⁹ bir yıl sonra on dokuz sanığın hüküm giymesi; üç sanık hakkında müebbet, yedi sanık hakkında ağır hapis cezası ve onbiri hakkında da idam kararıyla sonuçlanmıştır.⁶⁰Savcı yargılama sırasında zaman zaman soykı-

⁵⁷ Gündüz Aktan, loc.cit. Patricia M. Wald, ‘Genocide and Crimes Against Humanity’, Washington University Global Studies Law Review, Vol.6, 2007, pp.622-625.

⁵⁸ Geçici, amaca yönelik.

⁵⁹ Durmuş Tezcan, “Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı”, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu Yayınları op. cit., p. 274.

⁶⁰The Avalon Project: Dissenting Opinion of Soviet Member Nikitchenko, www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/juddiss.htm, www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judsent.htm, 16.06.2014

Davanın 24 sanığının isimleri, görevleri ve hakkındaki kararlar şöyle sıralanabilir: Hermann Goering (Almanya Hava Kuvvetleri Komutanı ve Meclis Başkanı, idama mahkum edildi, infazından birkaç dakika önce hücrelerinde potasyum siyanid tableti alarak intihar etti), Rudolf Hess (Hitler’in yardımcısı ve Nasyonel Sosyalist Parti lideri, ömürboyu hapse mahkum edildi, 1987’de 93 yaşında Spandau Hapishanesinde intihar etti), Joachim von Ribbentrop (Almanya Dışişleri Bakanı, 16 Ekim 1946’da Nüremberg’de asılarak idam

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

rım⁶¹ sözcüğünü kullanmış; ama mahkeme kararında bu suça atıf yapılmamıştır. Ayrıca Almanya'nın işgal ettiği müttefik devletlerin askeri mah-

edildi.), Robert Ley (Almanya İş Cephesi lideri, duruşmaların başlamasından hemen sonra hücrelerinde kendisini asarak intihar etti), Alfred Rosenberg (Doğudaki İşgal Bölgeleri Bakanı ve İdeolog, 16 Ekim 1946'da Nürnberg'de asılarak idam edildi), Hans Frank (İşgal altındaki Polonya'nın 'Cracow Kasabı' lakaplı yöneticisi, 16 Ekim 1947'da Nürnberg'de asılarak idam edildi), Ernst Kaltenbrunner (RSHA adı verilen Gestapo, Siyasi ve Askeri Polis Teşkilatları Çatısı'nın Şefi, 16 Ekim 1946'da Nürnberg'de asılarak idam edildi), Wilhelm Frick (Almanya İçişleri Bakanı, 16 Ekim 1946'da Nürnberg'de asılarak idam edildi), Julius Streicher (Der Stürmer'in Editörü, 16 Ekim 1946'da Nürnberg'de asılarak idam edildi), Wilhelm Kietel (Alman Genel Kurmay Başkanı, 16 Ekim 1946'Nürnberg'de asılarak idam edildi), Martin Bormann (Hitler'in Özel Kalem Müdürü, hiçbir zaman bulunamadı, gıyabında yargılanarak idama mahkum edildi, 1972'de cesedi bulundu ve Alman makamlarınca resmen 1945'de öldüğü açıklandı), Walther Funk (Almanya Ekonomi Bakanı, ömürboyu hapse mahkum edildi, sağlık sorunlarından ötürü 1957'de salıverildi, 1959'da öldü), Hjalmar Schacht (Almanya Merkez Bankası Başkanı ve savaştan önceki Ekonomi Bakanı, Nürnberg yargılamalarında beraat etti, daha sonra yargılandığı yerel Alman mahkemesince suçlu bulundu, 1950'de salıverildi, 1970'de öldü), Gustav Krupp (İşadımı, Alman Silah ve Savaş Sanayisinin en önemli temsilcisi, iddianamede adı geçmesine rağmen yaşından ve sağlık sorunlarından ötürü hakkındaki suçlamaları anlayamayacak derecede temyiz kudretini yitirdiği gerekçeyle daha sonradan adı iddianameden çıkarıldı, 1950'de öldü), Erich Reader (Almanya Donama Komutanı, ömürboyu hapse mahkum edildi, 9 yıl ceza çektikten sonra sağlık sorunları nedeniyle 1955'de salıverildi, 1960'da öldü), Karl Doenitz (Hitler tarafından kendisinden sonra Führer'lik yapması için seçilmiş Almanya Deniz Kuvvetleri Komutanı, savaştan sonra teslim görüşmelerini yürüttü, 10 yıl hapisle cezalandırıldı, 1956'da cezasını tamamlayarak salıverildi, 1981'de öldü), Baldur von Schirach (Hitler Gençliği lideri, 20 yıla mahkum edildi, cezasını tamamladığı 1966 yılında salıverildi, 1974'de öldü), Fritz Sauckel (Esir Çalıştırma Şefi, 16 Ekim 1946'da Nürnberg'de asılarak idam edildi), Albert Speer (Almanya Silahlanma ve Savaş bakanı, 20 yıla mahkum edildi, cezasını tamamladığı 1966 yılında salıverildi, 1981 yılında öldü), Franz Von Papen (Hitler'den önceki Almanya Başbakanı, Hitler'in ardından Başbakan Yardımcısı, Türkiye Büyükelçisi, beraat etti), Alfred Jodl (Alman Genel Kurmay Başkanlığı Operasyonlar Şefi, 16 Ekim 1946'da Nürnberg'de asılarak idam edildi), Konstantin von Neurath (1938'e kadar Alman Dışişleri Bakanı, daha sonra Bohemya ve Moravya'nın yöneticisi, 15 yıl hapse mahkum edildi, sağlık nedenleriyle 1954'de salıverildi, 1956'da öldü), Artjur Seyss-Inquart (Hollanda'dan sorumlu Avusturya Başkanı, 16 Ekim 1946'da Nübgrenberg'de asılarak idam edildi), Hans Fritzsche (Goebbels'in Propaganda Bakanlığı'na bağlı oniki bölümden biri olan Almanya Radyosu'nun başı, Nürnberg yargılamalarında beraat etti, daha sonra yargılandığı yerel Alman mahkemelerince suçlu bulundu, 1950'de salıverildi, 1953'de öldü).

⁶¹ İddianamede, "...planlı ve sistematik soykırım, ismen, ırksal ve ulusal grupların yok edilmeleri, işgal edilmiş bölgelerdeki sivil halka karşı, belirli ırk ve sınıftan insanları ve ulusal, ırksal ve dinsel grupları (soykırım), özellikle Yahudiler, Polonyalılar, Çingenerler
YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

kemeleri de kendi bölgelerinde yakaladıkları savaş suçlularını yargılamıştır. Sovyet Rusya'nın kaç kişiyi yargıladığı kesin olarak bilinmemekle birlikte bu mahkemelerin de yirmibin kadar kişiyi yargıladığı düşünülmektedir.⁶²

Nüremberg Statüsü madde 6 (a) düzenlemesine göre, barışa karşı suçlar, bir saldırı savaşının ya da antlaşmalara aykırı bir savaşın planlanması, hazırlanması, başlatılması ya da sürdürülmesi ya da dar anlamda savaş suçlarının ve insanlığa karşı suçların gerçekleştirilmesi için bir ortak plan düzenlemesine katılınması olarak tanımlanmaktadır. Benzer bir düzenleme Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'ni kuran Bildirinin 5 (a) maddesinde de bulunmaktadır.⁶³ Dolayısıyla, insanlık aleyhine işlenen suçlar da mahkemenin görev alanına girmektedir.⁶⁴ Mahkeme, sanıkları, öldürme, savaş esirlerine kötü muamele, esirlerin insanlık dışı zor şartlarda çalışmaya zorlanması, kamu ve özel mülklerin yağmalanması, askeri bir zorunluluk olmasa dahi şehirlerin, kasabaların, köylerin yağmalanması ve yok edilmesi, toplu katliamların yapılması, yardıma muhtaç sivillere karşı yağma, talan, eşkiyalık, işkence yapılması, tecavüz edilmesi suçlarından yargılamıştır.⁶⁵

Sonuç

Holokost kavramı, II. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan soykırım kavramı ve terimi çerçevesinde, özellikle Nazi ve işbirlikçileri tarafından geniş ölçülerde gerçekleştirilen soykırımsal fiilleri tanımlamak için ortaya çıkmış bir kavramdır. Holokostu diğer soykırım ve insanlık aleyhine suçlarla karşılaştırırken fiillerin benzerlikleri yanında anahtar farklılıkların da ortaya konması gereklidir ki soykırımlar içinde Holokostun tarihi önemi daha da net anlaşılabilir.

Holokostun, diğer soykırım ve insanlık aleyhine suçlarla karşılaştırılmalı olarak incelenmesi, soykırımsal fiillerin oluşumu ve gelişimi bakı-

ve diğerleri..." ifadesi yer almaktadır. The Avalon Project, Indictment of France et al.v. Goering et al., 1945, Count Three, www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/count3.htm, 25.07.2014.

⁶² Durmuş Tezcan, "Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı", op. cit.

⁶³ Yusuf Aksar "Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Mahkemesi", www.usakgundem.com/makale.php?id=152, 16.06.2014.

⁶⁴ O. Kadri Keskin, op. cit, p. 123.

⁶⁵ Daha ayrıntılı bilgi için V. www.cnd.org/mirror/nanjing/NMTT.html, 16.06.2014. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

mından izledikleri süreç ve ortak kalıpların belirlenmesinde önemli rol oynadığından, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel soykırımları da önlemek mümkün olabilecektir. Holokostun tanımlanması ve ortaya çıkışı, uluslararası hukukun gelişimi bakımından da önemli bir adımdır. Bu tarihten sonra modern dünya düzeninde, uluslararası mahkemeler oluşturulmuş ve bu fiiller karşısında uluslararası alanda soykırımsal faaliyetlere karşı cevap teşkil eden hareketler ortaya çıkmıştır. Tarihi hafızada rol oynayan soykırımların holokost ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi ve genç zihinleri potansiyel soykırımlar ve insanlık aleyhine suçlara karşı uyarmakta ve bu konudaki sorumluluklarını ve rollerini anlamaları bakımından farkındalık yaratmaktadır. Holokost hakkında bilgi sahibi olmak, diğer soykırımsal fiiller hakkında da bilgi sahibi olmayı doğuracağı için, toplumlar açısından da farkındalık yaratmakta ve toplumların soykırıma nasıl cevap verecekleri veya bu deneyimi yaşayan ve kurtulanların hayatlarına nasıl devam edeceklerinin de anlaşılmasını, öğrenilmesini sağlayacaktır.

II. Dünya Savaşı sonrası bu kavramların ortaya çıkışı, fiillerin suç olarak kabul edilmesi, faillerin yargılanması, en üst düzey politikacıların veya askeri liderlerin dahi dokunulmazlıkları olmadan yargılanabiliyor ve bu ciddi suçlardan dolayı cezalandırılabilir olması uluslararası toplumda adalet duygusunu en azından bir nebze olsun tatmin etmiştir. Uluslararası adalet duygusunun yaratılması ve karşılanmasında ise uluslararası örgütler ve yargı organları önemli bir rol üstlenmiştir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi Holokost genellikle paradigmatik soykırım olarak anılmaktadır. Soykırım terimi, Holokostun gerçekleşmesi ile ortaya çıkmış, kavram, Holokost gerçekleşmeden önce varolmamıştır. Holokost, faillerin, grubun tüm grup üyelerini öldürmek suretiyle işlediği müfrit bir soykırım şeklidir.

Soykırım, diğer insanlık aleyhine işlenen suçlardan insan grubunun kısmi ya da tamamen yok edilmesi özel kastı ile ayrılmaktadır. Diğer insanlık aleyhine suçlarda, grup olarak yok etme kastı, özel olarak aranmaz. Holokost ise soykırımdan, fiilin özel unsuru olan grubu yok etme kastının, özellikle Yahudilerin; erkek, kadın, çocuk ayrımı yapılmadan, grubun son üyesine kadar, bütün olarak yok edilmesi kastı ile ayrılmaktadır. Soykırım, bir grubun yok etme kastı olarak tanımlanır, bunun için grubun tüm üyelerinin öldürülmesi gerekliliği aranmaz. Bu nedenle Holokost, soykırım ta-

nımı içinde fiilleri tanımlayan bir parça veya soykırımın aşırı bir şekli olarak değil, soykırımın tanımlanmasında bir eşik olarak ele alınmalıdır.

Holokost, tarihteki soykırımlar içinde en çok araştırılmış, incelenmiş, iyi dökümente edilmiş ve yayınlanmış olanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Holokost, uluslararası hukukta ve tarihte bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir. Avrupanın kalbinde gerçekleşmesi nedeniyle batı toplumları üzerinde çok muazzam bir etki yaratmıştır. Dolayısıyla daha sonra gerçekleştirilen ve gerçekleştirilmesi muhtemel soykırım ve insanlık aleyhine suçları anlamak ve yorumlayabilmek, Holokostun merceğinden olduğundan, bu kavramı iyi tahlil etmek, anlamak ve anlaşılmasını sağlamak gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Jean Paul Sartre, “On Genocide”, Crimes of War, ed. By. Richard A. Falk, Gabriel Kolko, Robert Jay Lifton, New York, 1971.

O. Kadri Keskin, “Jenosid Suçu ve Jenosid Sözleşmesi”, Adalet Dergisi, Eylül-Ekim 1986, Sayı:5.

William A. Schabas, Genocide in International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Herbert Hirsch, Genocide and the Policy of Memory, Studying Death to Preserve, The University of North Carolina Press, London, 1995.

Patricia M. Wald, ‘Genocide and Crimes Against Humanity’, Washington University Global Studies Law Review, Vol.6, 2007.

Enver Bozkurt, Türkiye’nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, 2. Baskı, Nobel Yayınları, Ankara, 1999.

Benjamin A. Valentino, Final Solutions: Mass Killing and Genocide in the 20Th Century, Cornell University Press, Ithaca, London, 2004.

Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

Benjamin A. Valentino, Final Solutions: Mass Killing and Genocide in the 20Th Century, Cornell University Press, Ithaca, London, 2004.

Donald G. Dutton, Ehor O. Boyanowsky, Michael Harris Bond, ‘Extreme mass homicide: From military massacre to genocide’, Aggression and Violent Behavior, Vol.10, 2005.

Martin Dixon, Robert McCorquodale, Cases and Materials on International Law, Blackstone Press Limited, London, 1991.

Osman Doğru, İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, 1 Baskı, Ağustos, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.

Anıl Çeçen, İnsan Hakları Rehberi, Bilim Yayınları, Ankara, 1999.

Alex Alvarez, Governments, Citizens, and Genocide, A comparative and Indisciplinary Approach, Indiana University Press, Bloomington, 2001.

Horward Ball, Prosecuting War Crimes and Genocide, The Twentieth-Century Experience, University Press of Kansas, Kansas, 1999.

Lawrence J. Le Blanc, The United States and Genocide Convention, Duke University Press, Londfon, 1991.

Jale Civelek, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Marmara Müşavirlik, İstanbul, 1984.

Semin Töner Şen, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, 12 Levha, 1. Baskı, İstanbul, 2010.

Makaleler

Gündüz Aktan, “Devletlerarası Hukuka Göre Ermeni Meselesi” Türkiye Günlüğü, say:64, 2001.

Durmuş Tezcan, “Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Divanı”, Hukuk Kurultayı 2000, Ankara Barosu Yayınları.

Raphael Lemkin, “Genocide As A Crime Under International Law”, AJIL, vol. 41, 1947.

Raphael Lemkin, “Genocide A New International Crime Punishment and Prevention” RIDP, No.10, 1946.

Genocide Hakkındaki Anlaşmanın Metni”, çev. Atıf T. Payaslıoğlu, İnsan Hakları Dergisi, Ankara, S. 28, 1949.

Zübeyir Aker, “Genocide: Bir İnsan Topluluğunun Kasten İmhası”, İnsan Hakları Dergisi, S. 13, Ankara, 1948.

Zübeyir Aker, “Genocide: Bir İnsan Topluluğunun Kasten İmhası”, İnsan Hakları Dergisi, S. 16, Ankara, 1948.

Faruk Erem, İnsanlık Aleyhine Suçlar (Genocide), Ankara, AÜHFY, 1948.

Faruk Erem, İnsanlığa Karşı Cürümler, Güney Matbaacılık, Ankara, 1948.

Nevzat Güreli, “İnsanlık Aleyhine Suçlar (I), Adalet Dergisi, 1951.

“Genocide ve İnsanlık Aleyhine İşlenen Cürümlere Dair Fransa Temsilcisi Tarafından Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna Tevdi Edilen Muhtıra” çev. Cemil Mithat Ulusal, Adalet Dergisi, 1948.

Jacques Semelin, ‘Toward a vocabulary of massacre and genocide’, Journal of Genocide research, Vol.5, No. 2, 2003.

Raphael Lemkin, “Genocide As A Crime Under International Law”, AJIL, vol. 41, 1947.

Fikret İlkiz, ‘Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar’, Yeni Türk Ceza Kanunu Sempozyumu, 5 Mart 2005, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, No: 7.

Köksal Bayraktar, ‘Soykırım Suçu’, Av. Dr. Şükrü Alpaslan’a Armağan, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul Barosu, İstanbul, Mayıs 2007.

Haldun Günalp “Ulusal Devlet, Global Demokrasié, www. Sratejik. Yıldıız.edu.tr/makale8.htm

Esat Eraslan, “1915 Yılı Olaylarının Soykırım Suçu ve İnsanlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından Değerlendirilmesi, Yeni Türk Ceza Yasasında Yapılan Hatalar”, Uluslararası Hukuk ve Politika, Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu Yayını, C. I, No: 4, Ankara, 2005.

İnternet Kaynakları

Yusuf Aksar “Uluslararası Suçlar ve Uluslararası Ceza Mahkemesi”, www.usakgundem.com/makale.php?id=152,

The Avalon Project, Indictment of France et al.v. Goering et al., 1945, Count Three, www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/count3.htm

The Avalon Project: Dissenting Opinion of Soviet Member Nikitchenko, www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/juddiss.htm,

www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/judsent.htm

Faruk Turhan, Yeni Türk Ceza Kanunun’da Uluslararası Suçlar, p.1.(Çevrimiçi)

http://www.ucmk.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=35&Itemid=1

Marmara Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi internet sitesi, (Çevrimiçi) <http://www.ihm.8m.com/xlsoysos.htm>

Ahmet Taşkın, ‘Türk Ceza Kanunu’nun Amacı’, (Çevrimiçi) <http://www.yayin.adalet.gov.tr>,

The Avalon Project, Report of Robert H Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials: London, 1945, Minutes

of Conference Session of July 23, 1945,
www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/jackson/jack44.htm

Raphael Lemkin, Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation-Analysis of Government-Proposals for Redress, Washington. Carnegie Endowment for International Peace, 1944, Chapter IX,
<http://www.preventgenocide.org/lemkin/AxisRule1944-1.htm>

Roma Statüsünün Türkçe metni için
http://www.ucmk.org.tr/images/belgeler/uluslararasi_ceza_%20mahkemesi_roma_statusu.pdf

Jacques Semelin, 'Toward a vocabulary of massacre and genocide', Journal of Genocide research, Vol.5, No. 2, 2003.

www.ceri-siencespo.com/cherlist/semelin/vocabulary.pdf

International Court of Justice, "Advisory Opinion of 28 May 1951 pn Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", (Çevrimiçi) <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>

Resolutions adopted by the UN General Assembly during its twenty-fourth session, 15 December 1969, "Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity", <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/257/17/IMG/NR025717.pdf?OpenElement>

Resolutions adopted by the UN General Assembly during its twenty-fifth session, 15 December 1970, "Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity", <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/349/77/IMG/NR034977.pdf?OpenElement>

Resolutions adopted by the UN General Assembly during its twenty-sixth session, 18 December 1971, "Question of the punishment of war criminals and of persons who have committed crimes against humanity", <http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/328/56/IMG/NR032856.pdf?OpenElement>

Resolutions adopted by the UN General Assembly during its twenty-seventh session, 18 December 1972, "Principles of International cooperation in the detection, arrest, extradition, and Punishment of persons guilty of war crimes and crimes against humanity",

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/270/50/IMG/NR027050.pdf?OpenElement>

Diğer Kaynaklar

Ana Britannica, 1994, C. 31, 15. Bası, İstanbul.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü.

**ANONİM ŐIRKET YÖNETİM KURULLARINDA ÜYE
ÇEŞİTLİLİĞİNİN SAĞLANMASI İÇİN BELİRLİ NİTELİKTE
ÜYE ATANMASINA İLİŞKİN ZORUNLULUK İÇEREN
KURALLAR**

*(MANDATORY LEGAL RULES FOR APPOINTING BOARD MEMBERS WITH
CERTAIN QUALIFICATIONS FOR THE PURPOSE OF MAINTAINING DIVERSITY OF
THE BOARD OF DIRECTORS IN CORPORATIONS)*

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Muzaffer EROĞLU*

ÖZET

Anonim Şirket yönetim kurullarının oluşumunda genel kurulların takdir hakları her geçen gün çeşitli nedenler ile sınırlandırılmakta ve yönetim kurullarında çeşitlilik sağlanması için belirli nitelikte üye bulundurulması yönünde kurallar konulmaktadır. Bu kurulların arkasında yatan nedenlerin başında ekonomik etkinlik ve kurumsal yönetim standartlarının artırılması yer almakla birlikte bazı durumlarda sosyal adaleti ve eşitliği sağlamak düşüncesi de önemli rol oynamaktadır. Yönetim kurulu (YK) üyelerinin niteliklerini belirleyen kurulların kapsamı bazı durumlarda tüm anonim Şirketler olmak ile birlikte birçok durumda ise daha dar bir kapsam belirlenmektedir. Kapsam belirlemede, halka açıklık, borsada işlem görme, ekonomik büyüklük, sermaye, çalışan sayısı gibi kıstaslar önem arz etmektedir. Nitelik belirleyen kurullar aynı zamanda YK üye sayısının en az belirli bir sayıda olmasının zorunlu olduğu Şirketleri hedeflemektedir. Ayrıca nitelikli üye oranı ve/veya sayısının belirlenmesinde de çok farklı sistemler öngörülebilmektedir. Kurullar için düzenleme tercihleri de farklı şekillerde tezahür etmektedir; genelde yaptırıma bağlanmayan yumuşak hukuk (*soft law veya lex imperfecta*) kuralı olarak başlayan uygulamalar daha sonra mevzuatın bir parçası olarak yaptırıma bağlanmaktadır. Kurallara uyul-

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: muzaffereroglu@gmail.com

mamasının yaptırımları ise kuralı getiren hukuk sistemine göre ve her bir uygulama açısından çok çeşitli şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu makalede Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukuktaki YK üyelerinin niteliklerinin belirlenmesine ilişkin seçilmiş örnek kurallar çeşitli başlıklar altında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, yönetim kurulu, üye çeşitliliği, kurumsal yönetim, sosyal adalet.

ABSTRACT

In corporations, discretion rights of general assemblies (shareholders) in appointing board members have been gradually decreasing and for the purpose of maintaining board diversity in corporations new rules are set to appoint board members with certain qualifications. Even tough, the main reasons for such rules are economic efficiency and better corporate governance; in some cases, achieving social justice and social equality are also counted as a motive. The scope of rules that require certain qualifications for members of the board in some instances the rules are good for all corporations; however, in many instances the scope of such rules are narrower. Whether it's a publicly traded company, economic scale, capital, number of employees and similar criteria are generally used to determine the scope. These rules at the same time target companies obliged to appoint certain minimum number of board members. There are many different systems for determining number and percentage of qualified board members. Options for regulations also differ; the rules are mostly introduced as soft law, while in later stages they are generally converted to binding rules. Sanctions for not following the rules differ according to legal systems and specification of each rule; which creates very diverse models of sanctions for violation of the rules. This article examines some example rules introduced in Turkish law and comparative jurisdictions under various titles.

Keywords: Corporation, board diversity, board member, corporate governance, social justice.

I. GİRİŞ

Dünyanın birçok ülkesinde, ekonomik etkinlik, kurumsal yönetim standartlarının artırılması, sosyal eşitlik ve adaleti sağlama ve benzeri kaygılar ile YK çeşitliliğinin sağlanması için şirketlerde YK üyelerinin niteliklerine ilişkin kurallar getirilmektedir. Bu kurallar, şirket YK üyesi seçilmesinde pay sahiplerinin sınırsız takdir hakları olmadığını gösteren ve belirli bazı özellikleri taşıyan ve belirli oran ve/veya sayıda üyenin YK'da bulunmasının gerekliliğini düzenleyen kurallardır.

YK üyelerinin belirli nitelikleri taşımasına ilişkin bir sistem getiren kurallar çok çeşitli şekillerde kendini göstermekte olup bu kurallar her geçen gün daha da komplike hale gelmekte ve bazı şirketlerde birden fazla kuralın birlikte uygulandığı durumlar ortaya çıkmaktadır. Bu tür kuralların getirilmesine ilişkin süreç dinamik şekilde devam etmekte ve YK üyelerinin niteliklerini belirleyen bazı kurallar ortadan kaybolurken, bir yandan da çok sayıda yeni kural getirilmektedir. Nitelik belirleyen kurallar için, YK'da işçi temsilcilerinin bulunması, belirli oranda bağımsız YK üyesinin yer alması, bazı YK üyelerinin belirli düzeyde eğitim almış olması, bazı YK üyelerinin belirli uzmanlığa ve tecrübeye sahip olması, bazı şirketlerde YK üyelerinin şirketin kurulduğu ülke vatandaşı olması, bazı şirketlerde belirli sayıda kadın/erkek YK üyesi bulunmasının zorunlu olması gibi örnekler verilebilir.

YK üyesinin niteliklerinin belirlenmesine ilişkin kurallar, gerek ekonomik gerekçelerle gerekse sosyal gerekçelerle getirilmiş olsun, hem dünyada hem de Türkiye'de birçok tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Bu tartışmalar bu tür kuralların gerekliliği açısından yapılmakta ve ortaya çıkan görüşler ekonomik ve sosyal açılarından yapılan ampirik çalışmalarla desteklenmektedir. Diğer taraftan ise YK üyeliklerinin niteliklerine ilişkin zorunluluk unsuru içeren kuralların hukuk sistemi içerisinde yeri ve bu kuralların hukuka uygunluğunun tartışılmasını kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Şirketlerde YK'ya doğrudan müdahale niteliğindeki bu tür kuralların mülkiyet hakkından kaynaklı sınırlamalar içerdiği için temel hakları sınırlandırdığı yönünde görüşler de oluşmaktadır. Bu tür müdahalelere karşı çıkanlar, YK üye seçimine ilişkin kuralların ekonomik hakları ve mülkiyet haklarını kısıtladığı için yasal olmadığını; şirketlerin bu tür müdahaleler ile karşılaşmaması gerektiğini ve bu konuda istekli olan şirketlerin atama yapmalarının önünde hukuki bir engelin olmadığını; atama yap-

mak konusunda ikna olmamış şirketlerin ise bu tür sınırlarla zorlanmasının anayasal özgürlükleri ve temel özgürlükleri zedeleyeceğini iddia etmektedir. Fakat diğer taraftan bu kuralların sosyal adaleti sağlamak, ekonomik gelişme ve profesyonel yönetimin gereklerini yerine getirmek açısından gerekli bir uygulama olduğu için şirket yönetiminde bazı niteliklere sahip üyelerin bulunduğu bir sistemin kurulması gerektiği görüşü güçlü gerekçelere dayandırılmaktadır. İşte bu durum pay sahiplerinin ve şirketlerin takdir haklarının nasıl sınırlandırılması gerektiği tartışmalarını da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle YK'da nitelikli üye bulundurmaya öngören kuralların gerekli olup olmadığı, eğer gerekli ise kuralın ölçülü bir düzenleme olması için hangi koşulları taşıması gerektiği ve ölçülü bir müdahalenin sınırlarının neler olması gerektiği tartışılmalıdır.

Bu çalışmada şirket YK üyeliğine müdahale eden kurallar karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalar ile birlikte değerlendirilecektir. Bu inceleme yapılırken Türk hukuku ve diğer hukuk sistemlerinden örnek uygulamaların karşılaştırmalı analizi yapılacaktır. Bu makalenin amacı YK'da belirli nitelikte üye bulundurmaya ilişkin tüm kuralları incelemek değildir. Bu nedenle bu makalede sosyal, ekonomik ve yönetsel iyileşme için getirilen ve önemli etkisi olduğu düşünülen kurallar baz alınacak ve bu kurallar birbirleri ile karşılaştırılacaktır. Bu yapılırken farklı hukuk sistemleri karşılaştırılarak kural koymada ve uygulamada oluşan farklı yaklaşımlar analiz edilecektir. Karşılaştırmalı hukuk açısından çalışma belirli hukuk sistemleri ile sınırlandırılmayacak olup, örnek teşkil ettiği düşünülen tüm hukuk sistemlerinden faydalanılacaktır.

Bu makalede ilk önce YK niteliğini belirleyen kurallardan önemli olarak değerlendirilenler, karşılaştırmalı hukuk sistemleri de temel alınarak, incelenecektir. Burada amaç Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta yer alan bazı önemli kuralları birlikte değerlendirerek çalışmanın devamında yapılacak olan tartışmaların temellerini oluşturmaktır. Burada sayılan kurallar tarafımızca önemli olduğu düşünülen kurallar olup, mevcut tüm kuralları içermemektedir.

İkinci olarak YK üyesi niteliği belirleyen kuralların gerekçelerinin analizi yapılacaktır. Şirket YK üyeliği için kural koyma, sosyal adaleti sağlama, şirket yönetiminde etkinlik sağlama ve kurumsal yönetim hedefine ulaşmak gibi gerekçelere dayandırılmaktadır. Bu çalışmada bu tür müdahaleyi gerektiren unsurlar incelenecek ve müdahalenin sosyal ve eko-

nomik yönden gerekliliği tartışma konusu yapılacaktır. Ayrıca YK üyelerine müdahale niteliğindeki kurallara karşı koyma gerekçeleri de tartışılacaktır.

Üçüncü olarak YK üyelerinin niteliklerine ilişkin yapılan müdahalelere ilişkin düzenleme yöntemi tercihi değerlendirilecektir. Bu hususta temel olarak hukuki yaptırım içermeyen yumuşak hukuk (*soft law*) kuralları¹ ve yaptırım içeren uyulması zorunlu hukuk kuralları (*hard law*) arasındaki farklılıklar değerlendirilecektir.

Dördüncü olarak YK üyesi seçiminde bazı özelliklere sahip olmayı mecburî tutan kuralların ne tür zorunluluklar getirdiği değerlendirilecektir. Bu durumda özellikle hangi şirketlerin kapsam dahilinde olacağına belirlenmesi, nitelikli üye oranının belirlenmesi, üyelere olması gereken niteliklerin nasıl belirlenmesi gerektiği ve şekilsel uygulamaya karşı alınan önlemler detaylı şekilde tartışılacaktır.

Beşinci olarak, YK üyesi seçiminde zorunluluk unsuru içeren nitelik belirleyici kuralların hukuka uygunluğu tartışılacaktır. Burada ilk olarak, eşitlik, mülkiyet hakkının sınırlandırılması, sosyal devlet, pozitif ayrımcılık temelinde bu tür kuralların temel haklar açısından uygunluğu tartışılacaktır. Daha sonra kuralların anayasal haklar açısından sorun çıkarmadığı düşünülmesi durumunda YK üyelerinde belirli nitelik arayan kuralların hukuk sistemi içerisindeki yeri detaylı incelenerek bu husustaki güncel tartışmalara değinilecektir.

Son olarak ise YK üyeliklerine ilişkin getirilen kuralların uygulanması aşamasında ortaya çıkan sorunların değerlendirilmesi özellikle kural-

¹ Yumuşak Hukuk Kuralı (*soft law*)nın geniş tanımı ve şirketlerin düzenlenmesinde kullanılmasına ilişkin tartışmalar için bakınız: Nolan, Justine, The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law? (October 4, 2013) in S Deva and D Bilchitz (eds) Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect? Cambridge University Press, (Nov. 2013); UNSW Law Research Paper No. 2013-72. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2338356> s. 1 vd.; Roma Hukukunda da temeli olan “lex imperfecta” yaptırımsız hukuk kuralları, Kara Avrupası Hukuk Sistemlerinde de hukukun çeşitli alanlarında da kendini göstermektedir. Örneğin Kelsen tarafından devletlerin uyması gereken hukuk kuralları açıklanırken Lex imperfecta yaptırımsız hukuk kuralları olarak belirtilmiştir. Bkz. Kelsen Hans, General Theory of Law and State, 3. Baskı, New Jersey, 2009 s. 404 vd. Daha detaylı tarihi ve karşılaştırmalı inceleme için bakınız. Schiller A.Arthur, Roman Law, Mechanism of Development, Mouton, 1978, s.247; Hyland, Richard, GIFTS, A Study in Comparative Law, Oxford, 2009 s. 34.

lara ilişkin öngörülen yaptırımlar değerlendirme konusu yapılarak incelenecektir.

II. YÖNETİM KURULU ÜYESİ NİTELİKLERİNE İLİŞKİN HUKUKİ DURUM VE NİTELİK BELİRLENMESİNE İLİŞKİN ÖRNEK UYGULAMALAR

Anonim şirketlerde YK üyelerinin seçimi genel kural olarak pay sahiplerinin yetkisinde olup, pay sahipleri ise haklarını genel kurulda kullanarak YK üyeleri belirlemektedir. YK üyeliği için belirli nitelik gerektiren kural- lar bu genel prensibe bir istisna getirme hedefinde değildir. Nitelik belirle- yen kurallar temel olarak belirli nitelikte üyenin bulunmasını gerektirmek- te fakat bu üyelerin seçimini ve/veya adayların belirlenmesini genel kuru- lun ve pay sahiplerinin veyahut istisnai durumlarda seçime yetkili kuru- mun takdirine bırakmaktadır. Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 359'a göre, anonim şirketlerde YK esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul tarafın- dan seçilmiş bir ya da daha fazla kişiden oluşur. Bu kişiler gerçek kişiler- den oluşabileceği gibi tüzel kişilerden de oluşabilir². YK üyesi olarak se- çilmek istenen kişi hakkında iflas kararı verilmiş olması veya ehliyetinin kısıtlanması ya da kanundaki gerekli şartları yahut şirket esas sözleşme- sinde öngörülen nitelikleri taşınamaması halleri YK'ya seçilme engeli oluş- turmaktadır. Bu bakımdan üye olacak kişilerin bu engelleri taşınamaması gerekir (TTK m.363/2). TTK anlamında YK üyeliği için aranan şartlar bu kadarla sınırlı olup başka özel bir nitelik aranmamaktadır. Fakat esas söz- leşmede TTK m.340 gereğince emredici hükümler ilkesine aykırılık teşkil etmeyecek nitelikte bir takım özel şartların getirilebilmesi mümkündür³. Bu durumda şirket kendi iç düzenlemesi ile YK üyelerinde bulunması ge-

² Bir tüzel kişi YK'ya üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur; ayrıca, tescil ve ilanın yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sade- ce, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir (TTK m. 359/2).

³ Esas sözleşmede YK üyelerinin tümünün ya da belli bir oranının yüksek tahsilli olması, belirli yaş sınırı öngörülmesi, şirket merkezinde ikamet etmeleri, belli bir aileye mensubi- yet veya belirli bir konuda uzman olmaları gibi özel nitelikler öngörüülebilir. Bkz. Bahti- yar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2014, s.217; Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 2. Baskı, Ankara, 2013, § 20, N. 15, s. 395; Kırca, İsmail/ Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/ Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Ankara 2013, s. 412-414; Çamoğlu, Ersin/ Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal, Ortaklıklar Hukuku, Yeniden yazıl- mış 13. Bası, İstanbul 2014, N. 548c, s. 358-359.

rekli nitelikleri belirleme hakkına sahip olup, bu hakkın kullanımında geniş bir takdir yetkisine sahiptir.

Her ne kadar şirketler, kendi iç düzenlemeleri ile YK üye niteliklerini belirleme haklarına sahip olsalar da pay sahiplerinin takdir haklarını sınırlayıcı düzenleme yapmaktan genel olarak çekinmektedirler. Bu nedenle şirketler hukukuna ilişkin genel kurulların dışında, profesyonel yönetim, kurumsallaşma, azınlık pay sahiplerinin korunması, sosyal adaletin ve eşitliğin sağlanması ve benzeri nedenlerle şirket yönetim kurullarında yer alan üyelerin sahip olması gereken bazı nitelikler şirketin iç düzenlemesi yerine dışarıdan kanun koyucu ve/veya düzenleyici otoritelerin müdahalesi ile belirlenmektedir. Bu makalenin inceleme konusu kanun koyucu ve/veya düzenleyiciler tarafından getirilen bu tür kurallardır. Kanun koyucu ve düzenleyici kurumlar birçok durumda yine YK üyesi seçilmeye engel olan nitelikleri de belirlemiştirler⁴. Bu husus bu makalenin konusu değildir; bu makalede YK üyelerinde bulunması gereken ek ve/veya özel niteliklere ilişkin düzenlemeler inceleme konusu yapılacaktır.

Giriş kısmında da belirtildiği üzere, YK üyeliklerinde nitelik belirleyici kurallar örnekleme temelli incelenecektir. Her ne kadar temel olarak bu kurulların Türk hukuku tarafından da benimsenmiş olanları temel inceleme konusu yapılacak olsa da karşılaştırmalı hukukta yer alan bazı özel kurullar önemli örnek teşkil ettikleri için burada incelenecektir.

YK üyelerinin niteliklerini belirleyen en eski kurullardan birisi bazı şirketlerde işçi temsilcilerinin YK'da yer almasını zorunlu tutarak işçilerin şirket yönetiminde temsil edilmelerini sağlayan işçi temsilciliğidir. Alman hukukunda ve Alman hukuku sistemini takip eden bazı Avrupa Birliği (AB) üyesi ülkelerde yer alan işçi temsilcilerinin şirket yönetim (gözetim) kurullarında yer almasına ilişkin düzenlemeler vardır⁵. İşçi temsilcisi bu-

⁴ Örneğin TTK m. 363/2 gereği YK üyeliği için kişinin iflas etmemiş olma şartı getirilmiştir.

⁵ Alman hukukunda anonim şirket yönetim kurulları gözetim ve yönetim kurulu olarak adlandırılan ikili sistem vardır. Bu makalede Alman sistemine yapılan atıflarda gözetim kurulu esas alınmıştır. Detaylı inceleme için bkz: Hopt, Klaus J. and Leyens, Patrick C., "Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy", ECGI - Law Working Paper No. 18/2004; Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=487944>; Jean J. du Plessis · Bernhard Großfeld Claus Luttermann · Ingo Saenger Otto Sandrock German Corporate Governance in International and European Context (Springer, 2008)s. 111 vd.

lunmasına ilişkin kurallara 28 AB ülkesinden 10 tanesinde yer verilmezken diğer 18 ülkede farklı kurallar içerecek şekilde bu kurum yer bulmuştur⁶. İşçi temsilciliğine ilişkin kuralların uygulamaya ilişkin detayları her bir ülkede farklılık göstermektedir. Anonim şirket gözetim/yönetim kurullarında, bazı durumlarda özel teşebbüsler ile kamu teşebbüsleri ayrılmış olarak, belirli sayıdan fazla işçi çalıştıran şirketlerde, belirli oranlarda, belirli usullere göre seçilen işçi temsilcilerinin bulunması zorunludur⁷. YK'da işçi temsilcisinin bulunmasına ilişkin kural AB düzenlemelerinde de yer bulmuştur. Avrupa şirketine ilişkin çıkarılan tüzükte ve tüzüğün ilgili maddesine ilişkin çıkarılan destekleyici yönergede zorunluluk içermese de işçi temsilciliğine ilişkin uygulama esasları belirlenmiştir⁸.

Son yıllarda özellikle halka açık şirketlere yönelik bağımsız YK üyelerinin bulunması kuralı tüm dünyada yaygın olarak uygulanmaya başlamıştır. Kurumsal yönetimin bir gereği olduğu düşünülen YK'larında bağımsız YK üyesinin bulunması zorunlu tutulmaya başlanmış ve hem gelişmiş ülkelerde hem de gelişmekte olan ülkelerde bu kurala yer verilmiş-

⁶ Bkz: Roth, Markus, "Employee Participation, Corporate Governance and the Firm: A Transatlantic View Focused on Occupational Pensions and Co-Determination", European Business Organization Law Review, Vol 11, p. 51, 2010, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1574357>, p. 17; Slawomitz Stanuch, Rafal Stroinski, "**Employee Participation on Companies' Boards in Poland and Selected CEE Jurisdictions**", 6 *European Company Law*, 2009, pp. 82–87; İşçi temsilcisine ilişkin detaylı karşılaştırmalı istatistikî bilgi için bkz: <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Germany/Board-level-Representation2>.

⁷ Detaylı bilgi için bkz. <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Across-Europe/Board-level-Representation2>; Dünyada karşılaştırmalı analiz için bkz. Jackson, Gregory, "Employee Representation in the Board Compared: A Fuzzy Sets Analysis of Corporate Governance, Unionism, and Political Institutions", *Industrielle Beziehungen*, Vol. 12, No. 3, pp. 1-28, 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=800525>

⁸ Tüzük için bkz: Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company Art. 12 (2). Bu maddeye dayanılarak çıkarılan Yönerge ise bu maddenin Avrupa seviyesinde uygulama detaylarını belirlemiştir. Council Directive 2001/86/EC of 8 October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees [Official Journal L 294, 10.11.2001]. Sonuç olarak 21 Mart 2014 tarihi itibarı ile toplam 2125 SE'den 55 SE'de işçiler gözetim veya yönetim kurullarında yer almaktadır. Bkz. <http://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Facts-Figures>.

tir⁹. Bu uygulama hemen hemen her ülkede belirli şekilde kendini göstermektedir¹⁰. Kurumsal yönetim ilkelerinin bir gereği olan bu kuralların şekillenmesi yıllarca süren tartışmalara dayanmakta olup, uygulama açısından ülkeler arası bazı farklılıklar vardır¹¹. Bağımsız YK üyesinin bulunması gerektiği kuralının kapsamı her geçen gün artmaktadır. Örneğin ilk başlarda borsa şirketleri için uygulanmaya başlayan bağımsız YK üyesi bulundurulmasına ilişkin kurallar zamanla kamuya ait şirketler ve bazı durumlarda düzenlenmiş piyasalarda faaliyet gösteren şirketlerde de uygulanmaya başlamıştır. Bankacılık piyasasında ve benzeri düzenlenmiş piyasalarda kurumsal yönetimin yerleşmesi ve kamu yararının sağlanması için bazı YK üyelerinin bağımsız olması kuralı getirilmiştir.

YK üyelerinde bulunması gereken diğer önemli bir kıstas ise belirli düzeyde eğitim almış olma veya belirli uzmanlığa sahip olma gerekliliğidir. YK üyelerinin eğitimlerine ilişkin getirilen kurallar farklı şekilde ken-

⁹ ABD’de NYSE ve Nasdaq Borsalarının bağımsız YK üyelerine ilişkin kuralları benzerdir. Buna göre borsada işlem gören şirketlerin YK üyelerinin çoğunluğunun bağımsız olması gereklidir. NYSE Listed Company Manual Section 303A.01. Nasdaq Listing Rule 5605(b)(1). Detaylı bilgi için bkz: <http://www.sec.gov/rules/sro/34-48745.htm>. Detaylı inceleme için Bkz:

http://www.weil.com/~media/files/pdfs/Chart_of_Board_Requirements_December_2013.pdf; İngiltere’de ise bağımsız YK üyelerinin yer alması konusunda benzer kurallar vardır. Bkz: Davies, Paul L. and Klaus J. Hopt. “Corporate Boards in Europe – Accountability and Convergence”, American Journal Comparative Law, 61, 2013. pp. 301-75. Gelişmekte olan ülkelere örnek olarak verecek olursak Hindistan’da Sermaye Piyasaları Kanunu m. 49 gereğince YK’larının eğer YK başkanı bağımsız üye ise en az 1/3 ü eğer YK başkanı bağımsız üye değilse en az %50 si bağımsız YK üyesi olmalıdır. Çin uygulaması için Borsada İşlem Gören Şirketlerin Kurumsal Yönetimi Kanunu gereği borsaya kota şirketlerin YK’larının en 1/3 ü bağımsız YK üyesi olması gereklidir.

¹⁰ Genel inceleme için bkz: Ferrarini, Guido A. and Filippelli, Marilena, “Independent Directors and Controlling Shareholders Around the World”, European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 258/2014. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2443786>

¹¹ Örneğin ABD ve AB ülkelerinde zorunlu bağımsız YK üyeliğine ilişkin uygulama yıllar öncesine dayanırken, Japonya bu konuda bu zorunluluğa ilişkin kurallar koymaya henüz başlamıştır. Bkz. <http://online.wsj.com/articles/japan-seeks-to-lure-investors-with-improved-corporate-governance-1403848454>; Japonya’daki kuralların genel değerlendirilmesi için bkz. Nakamura, Nobuo, “Japan – Companies’ Corporate Governance”, in Andreas M. Fleckner and Klaus J. Hopt, eds., Comparative Corporate Governance: A Functional and International Analysis, Cambridge:Cambridge University Press, 2013. 233-71.

dini göstermektedir. Bağımsız YK üyelerinin kriterleri içerisinde sıklıkla yer alan eğitim ve uzmanlık kriterleri bazı durumlarda kendini müstakil bir kural olarak da göstermektedir. Kanun koyucu ve/veya düzenleyiciler özellikle regüle edilmiş piyasalarda YK üyelerinin belirli eğitim seviyesinde olmalarını ya da bazı bölümlerden mezun olmuş olma şartlarını veya belirli uzmanlığa sahip olmaları kuralını getirmektedirler.

Sosyal açıdan baktığımızda ise birçok ülkede bazı şirketlerde kadın YK üyesi atanmasına ilişkin tartışmalar son yıllarda yaygınlaşmış ve çok sayıda ülkeyi etkilemiştir¹². AB seviyesinde de kadın YK üyesi sayısını artırmak için yoğun çabalar harcanmaktadır¹³. İlk aşamasında genelde gönüllülük esaslı temel alınarak çeşitli düzenleyici araçlar ile kadın YK üye sayısının artırılması yönünde çalışmalar yapılmıştır. Fakat gönüllülük esasına dayanan bu çalışmalar genel olarak sonuç üretmekten uzak kaldığı için, hukuk sistemleri zorunluluk içeren bir düzenleme yoluyla sorunu çözme yolunu tercih etmektedirler¹⁴.

Türkiye’de YK üyelerinde bulunması gereken şartlara yönelik kural-lara ilişkin son yıllarda önemli gelişmeler olmuştur. Bunlardan en geniş kapsamlı olanı, 2011 tarihli TTK hazırlık çalışmalarında çokça tartışılan ve kanunun Meclisten çıkmış ilk halinde yer alan, fakat kanun yürürlüğe gir-medenden önce kaldırılan, belirli oranda YK üyesinin üniversite mezunu ol-ması ve YK üyeleri arasında Türk vatandaşı üye bulundurma zorunluluğu-na ilişkin kuraldır. 30.6.2012 tarihli 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişik-

¹² Detaylı inceleme için bkz: Choudhury, Barnali, “Gender Diversity on Boards: Beyond Quotas”, *European Business Law Review*, 2015, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2442040>.; ABD uygulamasının detayları için bkz. <http://www.mondaq.com/unitedstates/x/287410/Directors+Officers/Measures+To+Increase+Gender+Diversity+On+Corporate+Boards+Gain+Traction>; İngiltere’deki tartışmalar için bkz. <https://www.gov.uk/government/collections/women-on-boards-reports>. Almanya’da konuya ilişkin gelişmeler için bkz. <http://www.bloomberg.com/news/2014-10-15/merkel-holds-firm-on-boardroom-women-quota-amid-wavering.html>.

¹³ AB seviyesindeki tartışmaları için AB resmi İnternet sayfasına bkz: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/gender-equality/opinion/120528_en.htm

¹⁴ Norveç, Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, İrlanda, İtalya, Hollanda, İspanya, İzlanda, İsviçre zorunlu kota sistemi getiren ülkelere örnek gösterilebilir. Bununla birlikte birçok ülke yaptırıma bağlanmasa da çeşitli kota sistemleri öngörmüşlerdir. Detaylı bilgi için bkz.

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/workshop/join/2013/474413/IPOL-FEMM_AT\(2013\)474413_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/workshop/join/2013/474413/IPOL-FEMM_AT(2013)474413_EN.pdf).

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

lik öncesi 6102 sayılı TTK'nın ilk halinde m.359/1'de "*Temsile yetkili en az bir üyenin yerleşme yerinin Türkiye'de bulunması ve Türk vatandaşı olması şarttır.*" hükmü ile m.359/3'de "*Yönetim kurulu üyelerinin en az dörtte birinin yüksek öğrenim görmüş olması zorunludur... Tek üyeli yönetim kurulunda bu zorunluluk aranmaz.*" hükmü yer almaktaydı. Ancak yerleşim yeri ve vatandaşlık şartı, Türkiye'ye yapılacak yabancı sermaye yatırımlarını azaltacağı ve bu düzenlemenin Hizmet Ticareti Genel Anlaşması (GATS)'nın eki taahhüt listesinde yer almamış olması gibi gerekçeler ile 6335 sayılı Kanun ile maddeden çıkarılmıştır. Eğitim şartı ise 'saman adam' niteliğinde kişilerin YK'da yer almasına sebebiyet vereceği gerekçesiyle aynı şekilde 6335 sayılı Kanun ile maddeden çıkarılmıştır¹⁵.

Türkiye'de son yıllarda sermaye piyasası mevzuatında yapılan bazı seri değişiklikler ile halka açık anonim şirketlerde bağımsız YK üyeliğine ilişkin oluşturulan yeni sistem ise nitelik belirlemeye ilişkin önemli bir uygulamadır¹⁶. Halka açık anonim şirketlerin tabi olduğu 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) 17'nci maddesinde bağımsız YK üyeliklerine ilişkin usul ve esasların Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından belirleneceği ifade edilmiştir. Bu hükme dayanarak çıkarılan 03.01.2014 tarihli 28871 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği (KYT) hükümlerinde YK ve bağımsız üyeler hakkında bir takım düzenlemeler öngörülmüştür. Borsa şirketlerinde YK en az beş kişiden ve YK üyelerinin çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelerden oluşması gereklidir (Kurumsal Yönetim İlkeleri-KYİ- 4.3.2). KYT gereğince şirketler sermaye temelli kriterlere göre üç gruba ayrılmış olup birinci ve ikinci gruba giren Borsa şirketlerinde YK'daki bağımsız üye sayısının toplam üye sayısının üçte birinden az olmaması aranmaktadır. Üçüncü grup şirketlerin (KYT m.5/2-c) YK'sında iki bağımsız üye bulundurmaları yeterli görülmüştür. Bir üyenin hangi koşullarda bağımsız YK üyesi sayılacağı KYT'nin, KYİ ekinin 4.3.6 maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bağımsız YK üyelerinin, olası çıkar çatışmalarından uzak olma, objektif bir görüşle şirketin karar mekanizmasına olumlu katkıda bulunma ve şirketin uzun vadeli hedeflerini gözetme nitelikleri yanında görevini

¹⁵ Bahtiyar, Mehmet, 6335 Sayılı Kanun İle Yeni TTK'da Yapılan Değişiklikler ve İşletmeler/ Şirketler için TTK'ya Uyum Takvimi, İstanbul 2012, s. 23.

¹⁶ Eroğlu Muzaffer, "Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem", Legal Hukuk Dergisi, S. 136, 2014, s 53 vd.

gereği gibi yerine getirebilecek mesleki bilgi ve donanıma sahip etik ilkelere özümsemiş kişiler olmaları aranmaktadır¹⁷.

Türkiye’de yukarıda bahsi geçen kurallar dışında YK üye niteliğinin belirlenmesine ilişkin kurallar ise genelde düzenlenmiş piyasalarda faaliyet gösteren şirketler için getirilen bağımsızlık, eğitim, uzmanlık ve tecrübe sahibi olma kriterleridir. Son yıllarda sayıları hızla artan düzenlenmiş piyasalarda faaliyet gösteren şirketlerden bazılarında bağımsız YK üyeliğine yer verilmesini zorunlu tutan kurallar vardır. Örneğin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (BankK.) m.7/1-d uyarınca Türkiye’de kurulacak bir bankanın YK üyelerinin bu Kanunun kurumsal yönetim hükümlerinde belirtilen nitelikleri ve planlanan faaliyetleri gerçekleştirebilecek mesleki tecrübeyi haiz olması şarttır. BankK. m.23/1’de bankaların YK’larının genel müdür dahil beş kişiden az olamayacağı düzenlenmiş ve banka YK üyelerinin yarısından fazlasının, bu yasanın genel müdür için öngördüğü koşullara sahip olması şart koşulmuştur. Ayrıca YK’daki murahhas üyelerin genel müdürde aranan şartları taşımaları zorunlu tutulmuştur. BankK. m. 25/1 uyarınca YK üyeleri için aranan koşullar, hukuk, iktisat, maliye, bankacılık, işletme, kamu yönetimi ve dengi dallarda en az lisans düzeyinde; mühendislik alanında lisans düzeyinde öğrenim görmüş olanların ise bu belirtilen alanlarda lisansüstü öğrenim görmüş olmaları ve bankacılık veya işletmecilik alanında en az 10 yıllık mesleki deneyime sahip olmaları şeklinde belirlenmiştir. Benzer olarak, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m. 4 uyarınca, sigorta şirketleri ve reasürans şirketlerinin YK’ları genel müdür dahil beş kişiden oluşacaktır ve genel müdür, YK’nın doğal üyesidir. Sigortacılık Kanunu m. 4/2 uyarınca sigorta şirketlerinin YK üyelerinin malî güç dışında sigorta şirketi ve reasürans şirketi kurucularında aranan şartları taşıması; çoğunluğunun en az dört yıllık yüksek öğrenim görmüş olması ve sigortacılık, iktisat, işletme, muhasebe, hukuk, maliye, matematik, istatistik, aktüerya veya mühendislik alanlarında en az üç yıl deneyimi olan kişilerden seçilmesi şarttır.

Kadın YK üyeliğine ilişkin ise Türkiye’de son birkaç yılda kurumsal yönetim temelli yaptırımı olmayan tavsiye niteliğinde oranlar belirlenmiştir. Bu aşamada KYİ, şirket yönetiminde cinsiyet temelli temsil eşitliğini

¹⁷ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), N. 548c, s. 358; Bağımsız YK üyeliğine ilişkin detaylı inceleme için bkz. Odman Boztosun, Ayşe, Hukuksal Açından Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, Seçkin, Ankara, 2013.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

sağlamayı hedefleyen m. 4.3.9 hükmü önem arz etmektedir¹⁸. Şöyle ki, bu madde tavsiye niteliğinde olan diğer hükümler gibi geniş ifadeler yerine direkt olarak bir sistem öngörmüştür. Hal böyle olunca bu kadar belirgin bir sistemin öngörülmesi, pay sahipleri ve/veya menfaat sahipleri tarafından bu kurallara uyulup uyulmadığının izlemesini çok daha kolay hale getirecektir. Bu hüküm şu şekildedir: “*Şirket, yönetim kurulunda kadın üye oranı için % 25’ten az olmamak kaydıyla bir hedef oran ve hedef zaman belirler ve bu hedeflere ulaşmak için politika oluşturur. Yönetim kurulu bu hedeflere ulaşma hususunda sağlanan ilerlemeyi yıllık olarak değerlendirir.*” Bir Tebliğ’in 2012 yılında değiştirilmiş halinde YK’da en az bir kadın üye bulunur şeklinde yer bulmuş olan cinsiyet temelli katılım sağlama yükümlülüğü bu sefer çok daha sistematik bir yapı öngörmüştür. Sonuç olarak, Kadın YK üyeliğine ilişkin; 2012 yılında bir kadın üye tavsiye edilirken, 2014 yılında AB önerilerine de benzer olarak oransal bir yapı belirlenmiştir¹⁹. Eğer KYT, YK’da cinsiyet temelli eşitlik gözetilerek YK oluşturulur deseydi bu hükmün açıklaması ve takibi çok daha zor olacaktı²⁰. Bu nedenle, uyulması zorunlu hüküm olarak konulmamasının bir hata olduğunu düşündüğümüz bu hükmün tavsiye niteliğinde de olsa temel bir sistem önermesi oldukça önemlidir.

Sonuç olarak şirketlerde YK üyelerinin niteliğini belirlemeye ilişkin çabalar yoğun bir şekilde devam etmekte olup bu sürecin dinamik yapıda olduğu değerlendirilebilir. Her ülke kendi sosyal, kültürel ve ekonomik yapısına uygun olarak bu kurallara yer vermektedir. Bu nedenle her ülkede farklı bir yapı ortaya çıkabilmektedir. Örneğin Türkiye, Alman şirketler hukuku sistemini yakından takip etmesine rağmen işçi temsilciliğini benimsememiştir. Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde ise bazı kurallar kaldırılırken, her geçen gün yeni kurallar getirilmektedir. Son dönemlerde artan

¹⁸ Borsa şirketlerinde kadın YK üyelerinin artırılmasına yönelik Sabancı Üniversitesi tarafından bir proje geliştirilmiştir. Proje dokümanlarında Türkiye’deki durum hakkında geniş bilgiler yer almaktadır. Bağımsız Kadın YK üyeleri Projesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://iwdturkey.sabanciuniv.edu/> (23.12.2014 tarihinde erişilmiştir.) Son istatistiklerin olduğu rapor için bkz: Women on Board, Turkey 2014 <http://iwdturkey.sabanciuniv.edu/>

¹⁹ AB’nin bu konudaki çalışmaları için bkz. http://ec.europa.eu/justice/newsroom/gender-equality/news/121114_en.htm (16.12.2014 tarihinde erişilmiştir.).

²⁰ Eroğlu, Muzaffer, “Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem”, Legal Hukuk Dergisi, S. 136, 2014, s. 63.

kural sayısı düşünüldüğünde, nitelik belirlemeye ilişkin kuralların her geçen gün artmakta olduğunu ve mevcut kuralların uygulanmasının ise daha detaylı şekilde düzenlendiğini belirtmek faydalı olacaktır.

III. YK ÜYESİ BELİRLEMEDE BİR TAKIM NİTELİKLER ARANMASINA İLİŞKİN KURALLARIN GEREKÇELERİ

YK üyelerinde belirli nitelik gerektiren kuralların temel olarak sosyal ve ekonomik gerekçeleri vardır. Şirketler birer iktisadî kurum oldukları için YK üyesi niteliği belirlemede ekonomik gerekçeler daha baskındır. Anonim şirket YK üyeliği için kural koymanın arkasında yatan nedenler genel faydalarının değerlendirilmesinde ekonomik açıdan ve kurumsal yönetim açısından gerekli olması ve iktisadi etkinlik sağlama önem arz etmektedir. Diğer taraftan ise bazı kurallar açısından sosyal adaleti sağlama, menfaat sahiplerinin şirket yönetimine katılımını sağlama etkisi önem arz etmektedir²¹. Nitelik belirleyici kuralların bir diğer nedeni ise kamu menfaatini koruma ve gözetme gerekçesine dayandırılmaktadır. Kuralların getirilmesi süreci çok yoğun tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Şirketler hukukuna ilişkin birçok kuralların getirilmesi sürecinin aksine YK'da çeşitlilik sağlanmasına ilişkin kurallar politik arenada da yoğun tartışmalara neden olmaktadır. YK üyesinin niteliklerine müdahale edici kurallara karşı çıkan çok geniş bir çevre de mevcuttur. Bu nedenle bu kurallara karşı çıkma gerekçeleri de incelenmelidir.

A. Ekonomik Etkinlik Sağlanması ve Kurumsal Yönetim Standartlarının Artırılması

Kanun koyucular ve düzenleyici otoriteler, YK üyelerinin belirli bir nitelik taşımasının temeli olarak şirket performansının artmasını toplumsal açıdan da önem taşıyan anonim şirketler için gerekli görmektedirler. YK'nın kurul olarak daha etkin çalışması durumunda YK'nın görevlerini daha iyi bir şekilde yerine getirileceği genel kabul görmektedir²². Bu tür uygulamaların

²¹ Belcredi, Massimo and Guido Ferrarini, "Corporate boards, Incentive Pay and Shareholder Activism in Europe: Main Issues and Policy Perspectives", in Massimo Belcredi and Guido Ferrarini, eds., *Boards and Shareholders in European Listed Companies*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 1-67.

²² Lückera-Rovers, Mijntje, 'A Comparison of Gender Diversity in the Codes of France, Germany, Spain, the Netherlands and the United Kingdom', 2010. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1585280>>. S. 7 vd.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

gerekçelerin temeli YK'da çeşitlilik sağlandığı için YK'nın kurul olarak fonksiyonunu daha iyi sağlanacağı ve böylece iyi yönetim sonucu şirketlerin ekonomik açıdan etkinliklerinin artacağıdır²³. Bu gerekçede en önemli sebep bir grup olarak hareket eden YK'larda grup içi profesyonelleşme ve belirli nitelikte YK üyelerinin bulunmasından kaynaklı farklı düşüncelerin kurul kararlarında yer almasının faydaları üzerinde yoğunlaşmaktadır²⁴. Ekonomik alanda yapılan çalışmalarda, YK'da çeşitlilik arttıkça performansında arttığı yönünde tespitler yapılmıştır²⁵. Bu yapının ise en son keredede pay sahipliği değerinin artırılması açısından gerekli olduğu değerlendirilmektedir²⁶. Kurul etkinliğinin artması kurumsal yönetimin bir gereği olarak değerlendirildiği için bu gerekçe YK üyelerinin niteliklerinin belirlenmesi açısından yapılan tüm düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır²⁷.

Kurumsal yönetimi ve ekonomik etkinliği arttırmak için bağımsız YK üyesinin bulunması gerektiği görüşü en geniş şekilde tartışılan ve genel kabul gören uygulamadır²⁸. Bağımsız YK üyeleri sadece kurulda çeşitlilik sağlamamakta, aynı zamanda bağımsız YK üyelerine farklılaştırılmış yükümlükler yüklediği için YK'nın etkin çalışmasını ve iç denetimini sağlayıcı etkileri de bulunmaktadır²⁹. Bu nedenle kurumsal yönetim açısından bir YK'da bağımsız YK üyelerinin bulunması en yaygın nitelik belirleme uygulaması olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle azınlık pay sahiplerinin YK'da temsili sorunu en azından göreceli olarak daha adil ve tarafsız olduğu düşünülen bağımsız YK üyelerinin varlığı ile azaltılmış

²³ YK çeşitliliği hakkında detaylı çalışma için bkz.

<http://www.readingpdf.com/owners/non-executive-directors-in-europe-2013-hay-group>

²⁴ YK çeşitliliği, cinsiyet, eğitim, uzmanlık, tecrübe, vatandaşlık vb. çeşitli kriterleri kapsamaktadır. Bkz. <http://www.readingpdf.com/owners/non-executive-directors-in-europe-2013-hay-group-hay->

²⁵ Detaylı analiz için bkz.

<http://www.heidrick.com/~media/Publications%20and%20Reports/European-Corporate-Governance-Report-2014-Towards-Dynamic-Governance.pdf> s. 9 vd.; Bağımsız YK açısından bkz. Krivogorsky, Victoria, "Ownership, Board Structure, and Performance in Continental Europe", International Journal of Accounting, 41, 2006, pp. 76-97.

²⁶ Bağımsız YK açısından bkz. Peng, Mike W., "Outside Directors and Firm Performance During Institutional Transitions", Strategic Management Journal, 25, 2004, 453-471.

²⁷ Ferrarini/Filippelli, s. 11 vd.

²⁸ Ferrarini/Filippelli, s. 9 vd.

²⁹ Ferrarini/Filippelli, s. 20 vd.

olduğu için, bağımsız YK üyelerinin varlığının pay değerini artırıcı etkisi olduğu değerlendirilebilir.

Bağımsız YK üyelerinin yanında eğitim, tecrübe, uzmanlık açısından belirli nitelik aranmasının kurul etkinliğini ve kurumsal yönetim standartlarını artırdığı tartışma götürmez şekilde kabul edilmektedir. Eğitim, uzmanlık ve tecrübe şartlarında yine temel amaç kurumsal yönetim açısından üst seviyedeki standartlara ulaşmak ve profesyonel yönetimin gereklerini yerine getirmektir³⁰. Bu durum özellikle yoğun düzenlenmiş piyasalar ve özellikle uzmanlık gerektiren iş alanları için geçerlidir³¹. TTK'nın ilk halinde öngörülen eğitim şartı ile YK'nın nicelik yönünden düzeyinin yükseltilmesi ve profesyonel üyelerin seçimine zemin hazırlanarak kurumsal yönetim ile uyumun sağlanması amaçlanmıştır³². Bu kural kurumsal yönetimi anonim şirketler alanında hayata geçirmek bağlamında atılmış bir adım olarak değerlendirilmekteydi³³.

Diğer taraftan sosyal amaçlı getirilen ve şirket YK'larının çeşitlenmesini sağlayan diğer hükümlerin de kurumsal yönetim açısından önemli olduğu ve şirket performansı ile pay değerini artırdığı yönünde bulgular sunulmuştur³⁴. Kadın YK üyesi atanması kuralı gibi aslında temelini farklı gerekçelerden alan uygulamalarda bile şirket performansının ve kurumsal yönetim standartlarının artırılması önemli bir ek neden olarak değerlendirilmiştir³⁵. Tüm bunlara ek olarak işçi temsilcisi atanmasının da kurumsal

³⁰ Detaylı analiz için bkz: Director Characteristics and Firm Performance https://www.unibas.ch/uploads/txx4epublication/Discupaper_Volonte_Characteristics.pdf.

³¹ Sharfman, Bernard S. "Enhancing the Efficiency of the Board Decision Making: Lessons Learned from the Financial Crisis of 2008", Delaware Journal Corporate Law, 34, 2009, 813-51.

³² TTK 359. Madde Gereğesi.

³³ Çamoğlu (Poroy/Yasaman), N. 548b, s. 356.

³⁴ Kenneth R. Ahern and Amy K. Dittmar, "The Changing of the Boards: The Impact on Firm Valuation of Mandated Female Board Representation", Quarterly Journal of Economics, 127(1), 2012, 137-197. Available at SSRN <<http://ssrn.com/abstract=1364470>>

³⁵ Trautman, Lawrence J., 'Corporate Boardroom Diversity: Why Are We Still Talking About This?' The Scholar: St. Mary's Law Review on Race and Social Justice, 17, 2014, Available at SSRN <http://ssrn.com/abstract=2047750>; Sjøfjell, Beate, "Gender Diversity in the Board Room & Its Impacts: Is the Example of Norway a Way Forward?", Paper presented at International Board Gender Diversity Forum 'Mandatory Gender Quota Legislation: Will Australia Follow Europe?', October 2014; Deakin Law Review, Forthcoming; University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2014-48. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2536777>; Matsa, David A. and Miller, Amalia R., 'A YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

yönetim standartlarını ve şirket performansını artırdığı yönünde tespitler yapılmıştır³⁶.

Sonuç olarak, YK üyeliklerinde belirli nitelikte üye bulunmasının zorunlu tutulması yönetimde farklı bakış açılarının temsilini sağladığı ve bu nedenle yönetimin etkinliğini artırdığı ve bunun da şirket performansını artırdığı yönündeki bulgular, YK üyesi niteliğini belirleyici kuralların her geçen gün daha da yaygınlaşmasının en temel gerekçesidir.

B. Sosyal Adaleti ve Eşitliği Sağlama

Sosyal adaleti sağlamaya yönelik gerekçenin en baskın olduğu uygulama kadın YK üyesi atanmasına ilişkin kurallardır. 20. Yüzyılda cinsiyet temelli eşitlik sağlanması için gerek ekonomik gerekse politik anlamda çok önemli gelişmeler olmuştur. Yine tüm dünyada kadın haklarına ilişkin son yıllardaki önemli kazanımlar olmuştur. Kadın haklarına ilişkin kazanımların çoğu negatif haklar olarak hukuka yansımıştır. Son yıllarda ise bu hakların yanına, negatif hakların uygulama açısından eşitliği sağlamayı tek başına imkanı kılmadığı gerekçesi ile pozitif haklar da eklenmiştir³⁷. Bu düzenlemeler ise devlete aktif davranma yükümlülüğü getirmekte ve devletin doğrudan müdahalesini gerektirmektedir. İşte bu düzenlemelerin yansımalarından birisi de şirket YK'larında kadın üye bulundurulmasına ilişkin kota koyma sistemlerinin getirilmesidir³⁸. Çünkü YK üyeliklerinde

Female Style in Corporate Leadership? Evidence from Quotas', American Economic Journal: Applied Economics, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1636047>; Nygaard, Knut, "Forced Board Changes: Evidence from Norway" (2011) 5 NHH Dept. of Economics Discussion Paper/24th Australasian Finance and Banking Conference 2011 Paper. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1793227>; Choudhury, Barnali, "Gender Diversity on Boards: Beyond Quotas", European Business Law Review, 2015, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2442040>; Schwartz-Ziv, Miriam, "Does the Gender of Directors Matter?", Edmond J. Safra Working Papers, No. 8, 2013, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2257867>.

³⁶ Fauver, L. and Fuerst, M.E., "Does Good Corporate Governance Include Employee Representation? Evidence from German Corporate Boards", Journal of Financial Economics, 82, 2006, pp. 673-710.

³⁷ Türkiye'deki kadın hakları kazanımlarının incelenmesi için bkz. http://www.globalcompactturkiye.org/wpcontent/uploads/2013/09/OnRapor_20.11.14.pdf

³⁸ Eşitlik tartışmaları için bkz. Choudhury, s. 4; The association between board composition and different types of voluntary disclosure <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:142516/FULLTEXT01.pdf>.; Alstott, Anne, "Gender Quotas
YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

kadın üye oranı dünyanın hiçbir ülkesinde toplumsal eşitliği yansıtacak şekilde değildir³⁹. İlk başlarda daha çok kamu kurumları için getirilen bu kurallar daha sona şirketler için de uygulanmaya başlamıştır⁴⁰.

Diğer bir sosyal amaçlı müdahale konusu ise YK'da işçi temsilcisi bulunmasına yönelik düzenlemelerdir. Şirket YK'larında işçi temsilciliği getirilmesinin ana hedeflerinden birisi, işçilerin ekonomik hayata demokratik ve adil katılımının en üst derecede sağlanmasıdır⁴¹. Şirketin kararlarından direkt etkilenen işçilerin kararlarda söz sahibi olmasına ilişkin bu kural bu açıdan önem arz etmektedir. İşçi temsilcisi kuralında hem sosyal adaleti sağlama hem de ekonomik fayda sağlama eşit derecede hissedilmektedir.

C. Kamu Menfaatinin Gözetilmesi (*Stakeholder Interest*)

Şirketlerin toplum içindeki rolleri üzerine çok yoğun tartışmalar yaşanmaktadır⁴². Şirketlerin sosyal rolleri ve şirket amaçları sıkça tartışılmaktadır. Bu da şirketlerin şirketin menfaat sahiplerine karşı ve aslında son kerede topluma karşı olan görevlerinin yerine getirilmesinde çeşitlilik sağlanmış YK üyesi sisteminin önem arz ettiği ve bunu sağlayıcı kuralların

for Corporate Boards: Options for Legal Design in the United States”, Yale Law School, Public Law Research Paper No. 489. 2013, Available at SSRN:

<http://ssrn.com/abstract=2360253> s. 5 vd.

³⁹ Örneğin Kadın YK oranı AB genelinde halka açık şirketlerde %17'dir. Bkz. <http://www.heidrick.com/~media/Publications%20and%20Reports/European-Corporate-Governance-Report-2014-Towards-Dynamic-Governance.pdf>. Türkiye'de borsa şirketlerinde bu oran %11,9'dur. Bkz. Women on Board, Turkey 2014 <http://iwdturkey.sabanciuniv.edu/>; Dünyanın diğer ülkelerindeki rakamsal için bkz. <http://www3.gmiratings.com/home/2013/05/gmi-ratings-2013-women-on-boards-survey/>

⁴⁰ Bu uygulamalar sonucu kadın YK üyesi oranları artmıştır: Bkz. <http://www.heidrick.com/~media/Publications%20and%20Reports/European-Corporate-Governance-Report-2014-Towards-Dynamic-Governance.pdf>. s. 31 vd.

⁴¹ İşçi temsilcisi bulunmasına ilişkin gerekçeler için bkz: Jean J. du Plessis ·Bernhard Großfeld Claus Luttermann Ingo Saenger Otto Sandrock German Corporate Governance in International and European Context (Springer, 2008) s. 113 vd; Employee Representation and Board Size in Nordic Countries www.dbj.jp/ricf/pdf/research/DBJ_DP_1301.pdf

⁴² Smythe, Donald J., “Shareholder Democracy and the Economic Purpose of the Corporation”, Washington and Lee Law Review, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=904187>

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

çıkartılması gerektiğine inanılmaktadır⁴³. Bu durumda şirketlerin etkin yönetiminin tüm toplumu ilgilendirdiği gerekçesi ile YK üyelerine ilişkin müdahaleci kurallar konulabilmektedir.

Bazı şirketlerin etkin yönetimi şirketin faaliyet alanının kamu yararı için önem arz etmesinden dolayı diğer şirketlerin etkin işleyişinden daha fazla önem arz edebilir⁴⁴. Özellikle kamu hizmeti sunan ve/veya düzenlenmiş sektörlerde faaliyet gösteren şirketler açısından bu daha baskın şekilde ortaya çıkmaktadır. İşte bu şirketlerin işleyişinde etkinlik sağlanması için bu şirketler, özel sektör tarafından işletiliyor olsa dahi kanun koyucu ve düzenleyici otoriteler bu şirketlerin bazı niteliklere sahip YK üyesi bulundurulmasını zorunlu tutan kurallar koymaktadır. Bu kurallar ise genellikle belirli eğitime ve/veya uzmanlığa sahip olmak, bağımsız YK üyesi bulundurmak gibi kurallardır.

Bu hususta ilginç kurallardan birisi de TTK'nın ilk halinde getirilen imzaya yetkili bir YK üyesinin Türk vatandaşı olmasına ilişkin hükümdür. Kanun koyucu gerekçede yerleşim yeri ve vatandaşlık şartının, işlem kolaylığını sağlamak, hukuki ve cezai sorumluluğa ilişkin hükümlere uygulanabilirlik kazandırmak ve şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatlerini korumak amacıyla öngörüldüğünü ifade etmekteydi⁴⁵.

D. Müdahalenin Zararlı Olduğu İddiaları

YK üyelerinin belirli nitelikte olmasına ilişkin müdahaleler iş dünyası tarafından çoğunlukla tepki ile karşılanmaktadır. İş dünyası, özellikle şirket YK'larını kontrol eden ortaklar, şirketlere müdahale edilmesine karşı çık-

⁴³ Sjäffell, Beate and Anker-Sørensen, Linn, "Directors' Duties and Corporate Social Responsibility (CSR)", Hanne Birkmose, Mette Neville & Karsten Engsig Sørensen (eds.), Boards of directors in European companies – reshaping and harmonising their organisation and duties, Kluwer Law International, 2013; University of Oslo Faculty of Law, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2013-26; Nordic & European Company Law Working Paper No. 10-40. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2322680>

⁴⁴ Cheffins, Brian R., "The Corporate Governance Movement, Banks and the Financial Crisis", European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 232/2014; University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 56/2013. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2365738>

⁴⁵ TTK m. 359 Gerekçesi. Aslında yerleşim yeri şartı birçok ülkede bulunmak ile birlikte vatandaşlık şartı aramak sık rastlanan bir durum değildir. Bkz. <http://www.readingpdf.com/owners/non-executive-directors-in-europe-2013-hay-group>

maktadırlar. İş dünyası bağımsız YK üyesi, kadın YK üyesi, işçi temsilcisi, eğitim şartları, vatandaşlık şartları gibi konularda kural koyucular üzerindeki güçlerini de kullanarak YK üyesi niteliklerine ilişkin getirilen kuralları önlemeye veya en azından sınırlandırmaya yönelik çaba göstermektedirler. En büyük karşı gelme gerekçesi, özellikle pay sahipleri tarafından öne sürülen, şirketlerde YK seçim sistemin ve karar alma mekanizmasının bu kadar komplike hale gelmesinin zararları olacağı iddiasıdır⁴⁶. Bu tür bir komplike sistemin pratik uygulamaya ilişkin sorunların çıkmasına sebep olacağı, her geçen gün artan kuralların YK'nın oluşturulması ve etkin çalışması sürecini karmaşık hale getirileceği iddia edilmiştir⁴⁷. Ayrıca ekonomik açıdan şirketin menfaatinin en iyi, pay sahipleri tarafından gözetileceği, pay sahiplerinin en iyi YK üyelerini seçecekleri iddia edilmektedir⁴⁸. Ayrıca sosyal adalet açısından yapılan müdahalelerin aslında fırsat eşitliğini bozduğu, hak edenin değil ama kanundaki şartları taşıyanların adil olmadan YK üyesi seçilmesi durumunun ortaya çıkacağı iddia edilmektedir.

Bağımsız YK üyesi atanmasına ilişkin kurallara karşı çıkan iş dünyası bu tür müdahalenin zararlı olacağını iddia etmektedir⁴⁹. Yine özellikle yoğunlaşmış pay sahipliği yapısının baskın olduğu ülkelerde bağımsız YK

⁴⁶ Kadın YK için bkz. Bøhren, Øyvind and Staubo, Siv, "Does Mandatory Gender Balance Work? Changing Organizational Form to Avoid Board Upheaval", Journal of Corporate Finance, 2013, Forthcoming. Available at SSRN <<http://ssrn.com/abstract=2257769>

⁴⁷ Kadın YK üyeline ilişkin tartışmalar için bkz: Choudhury, Barnali, Gender Diversity on Boards: Beyond Quotas (May 26, 2014). European Business Law Review, 2015 Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2442040>

⁴⁸ Jean J. du Plessis · Bernhard Großfeld Claus Luttermann · Ingo Saenger Otto Sandrock German Corporate Governance in International and European Context (Springer, 2008), s. 127 vd.

⁴⁹ Bağımsız YK karşı çıkma gerekçeleri için bkz.

http://dealbook.nytimes.com/2013/11/11/the-case-against-too-much-independence-on-the-board/?_r=0; Bağımsız YK üyelerinin muhtemel zararlarına yönelik bkz. www.coopsnsw.coop/wp-content/uploads/2014/05/independent-directors.pdf; Bir çalışmada bağımsız YK üyelerinin şirketin değerine zarar verdiği iddia edilmiştir. <http://www.smh.com.au/business/independent-directors-destroy-value-university-of-nsw-study-says-20140730-zydwr.html> Bağımsız YK için yapılan bir diğer çalışmada fayda ve zararları analiz edilmiştir. www.iese.edu/research/pdfs/ESTUDIO-133-E.pdf
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

üyelerine ilişkin kurallar genellikle tepki ile karşılaşmıştır⁵⁰. Örneğin Japonya da bağımsız YK üyesi atanmasına ilişkin kurallar uzun yıllardır planlanmasına rağmen henüz getirilmektedir⁵¹. Türkiye açısından da değerlendirildiğinde bağımsız YK üyesi atanmasının ancak SPK müdahalesi ile zorunlu hale gelmesi ile kabul gördüğü gözlemlenmektedir⁵². Kadın YK üyesi atanmasına ilişkin zorunlu kural getirilmesi birçok ülkede iş dünyasının tepkisini çekmiştir⁵³. Yine YK için işçi temsilcisi atanmasına ilişkin kurallar Almanya’da hala tartışılmaktadır⁵⁴. AB birliği şirketine ilişkin düzenleme tartışmalarında işçi temsilcisine ilişkin hükümlerin getirilmesine yönelik çabalar AB üye ülkeleri tarafından dahi tepki ile karşı-

⁵⁰ Kadın YK için bkz: Bøhren, Øyvind and Strøm, R. Øystein, “Governance and Politics: Regulating Independence and Diversity in the Board Room”, *Journal of Business Finance and Accounting*, 37, 2010, 1281–1307. Available at SSRN <http://ssrn.com/abstract=2257734>

⁵¹ Haberler için bkz: <http://www.wsj.com/articles/japan-seeks-to-lure-investors-with-improved-corporate-governance-1403848454>

⁵² Ararat, Melsa, Besim, Burçin Yurtoğlu, “Sermaye Piyasası Kurulu'nun 'kurumsal yönetim' konulu tebliğleri ile ilgili genel değerlendirme ve yorum”, Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu Working Paper Series No: CGFT---WP---2012.01 tarih: 22.02.2012 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2040376 (15.02.2014 tarihinde erişilmiştir.) s. 25

⁵³ Örneğin Almanya’da kadın YK üyesi atanmasına ilişkin kuralın zorunlu olmaması için siyasi otorite üzerinde yoğun lobi faaliyeti yürütülmekte idi. Almanya’da bu konuyla ilgili mevcut olan tartışmalar için bkz <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/e06ac8bc-784a-11e3-831c-00144feabdc0.html#axzz3OdOEItgM>; Almanya’da BMW şirketi açıkça karşı çıkmaktadır: <http://www.bloomberg.com/news/2014-11-26/germany-backs-legal-quotas-for-women-on-company-boards.html> Deutsche Bank CEO’su ise YK’ların daha güzel ve renkli olması için kadın YK istendiği açıklamasında bulunmuştur. <http://www.telegraph.co.uk/finance/newsbysector/banksandfinance/8309897/Deutsche-Bank-chief-Josef-Ackerman-Women-on-our-board-would-make-it-prettier-and-more-colourful.html>; İngiltere’de hükümetin AB’nin %40 önerisine karşı çıkması gerektiği yönündeki tartışmalar için bkz.

<http://www.cipd.co.uk/pm/peoplemanagement/b/weblog/archive/2014/09/12/resist-eu-quotas-for-women-on-boards-says-lords-committee.aspx>

⁵⁴ Almanya’da işçi temsilcili tartışmaları için çok aşırı bir karşı çıkma vardı ve bu karşı çıkma halen etkili olabilmektedir. Jean J. du Plessis · Bernhard Großfeld Claus Luttermann · Ingo Saenger Otto Sandrock *German Corporate Governance in International and European Context* (Springer, 2008), s. 122.

laşmış ve düzenlemenin son halinde ancak seçimlik bir sistem öngörülmüştür⁵⁵.

Müdahalenin gerekçelerinin kabul gördüğü durumlarda ise kapsamın ve kuralın uygulama detayları konusunda çatışma çıkabilmektedir. Nitekim, iş dünyası ancak sınırlı sayıda şirketin kapsam dahilinde olmasını ve uygulamaya ilişkin getirilen kuralın mümkün olduğunca az müdahaleci olmasını istemektedirler. Bazı durumlarda iş dünyasının kaygıları nedeniyle kuralların getirilmesi veya uygulanması aşamasında önemli değişiklikler yapılmaktadır. Örneğin, Türkiye’de tüm anonim şirketlere ilişkin getirilen eğitim şartında ve YK’nda bir Türk vatandaşı üye bulundurma şartında iş dünyasının yoğun karşı çıkmaları sonucu bu kurallar kanundan çıkarılmıştır.

Sonuç olarak iş dünyası ve kontrol eden pay sahipleri YK üyesi niteliği belirlenirken takdir haklarının sınırlandırılmasının ekonomik açıdan zararları olacağına ve bu yüzden de bu tür kuralların gönüllülük esasına göre yapılması gerektiğine inanmaktadır. Fakat, politik yapının müdahale edilmesi yönünde oluştuğu için son yıllarda nitelik belirlemeye ilişkin kuralların sayısı her geçen gün artmaktadır.

IV. NİTELİKLİ YK ÜYELİĞİ BELİRLEYİCİ KURALLAR İÇİN DÜZENLEME TERCİHLERİ

Anonim şirketlerde YK üyelerinin belirli nitelikte olmasına ilişkin kurallarda düzenleme tercihi de farklılıklar gösterebilmektedir. Bu hususta temel olarak hukuki yaptırım içermeyen yumuşak hukuk (*soft law*) kuralları ve yaptırım içeren uyulması zorunlu hukuk kuralları (*hard law*) tartışma konusu yapılmaktadır. Burada şu hususa dikkat çekmekte fayda vardır ki genellikle yumuşak hukuk kuralları ve yaptırıma bağlanmış kurallar birlikte kullanılmaktadır⁵⁶. YK üyelerine ilişkin düzenlemelerin birçoğu aslında yumuşak hukuk kuralı olarak başlamakta ve bu uygulamaların sonuçlarına

⁵⁵ SE ve işçi temsilcisine ilişkin tartışmalar için bkz: Jean J. du Plessis -Bernhard Großfeld Claus Luttermann Ingo Saenger Otto Sandrock German Corporate Governance in International and European Context (Springer, 2008), s. 159 vd; Employee involvement in companies under the European Company Statute.

<http://eurofound.europa.eu/publications/report/2011/other/employee-involvement-in-companies-under-the-european-company-statute>.

⁵⁶ Alstott, s. 17 vd.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

göre beklenen hedefe ulaşılmaması durumunda yaptırıma bağlı hukuk kuralları ile desteklenmektedir.

A. Yumuşak Hukuk Kuralları (*Soft Law, Lex Imperfecta*)

Anonim şirket YK'larının etkinliğinin artırılması, YK üyeleri arasında sosyal adaleti sağlayacak şekilde temsilin sağlanması için farklı çevrelerden taleplerin karşılanması amacıyla YK üyelerinin belirlenmesi aşamasında yaptırımı olmayan çeşitli uygulamalar geliştirilmektedir. İşte bu amaçla mevzuatın bir parçası olmayan fakat çeşitli mevzuat dışı yaptırım araçları öngören gönüllülük esasına dayalı kurallar getirilmektedir. Bu uygulamalar hukuki yaptırıma bağlanmadığı için yumuşak hukuk kuralı olarak adlandırılmaktadır⁵⁷. Bu kuralların temel özelliği gerekli olduğu düşünülen bir hususa ilişkin bir sistem oluşturması ve bunu tavsiye niteliğinde şirketlere sunmasıdır. Bu kurallar sadece YK üyeliğine ilişkin olmayıp, genellikle şirketlerin sosyal sorumluluklarına ve insan haklarına ilişkin yükümlükleri ile birlikte kurumsal yönetim kurallarını da kapsayacak şekilde geniş bir yelpazeyi içermektedir⁵⁸. Bu kurallar iş dünyası tarafından bizzat getirilebileceği gibi, sivil toplum kuruluşları, uluslararası organizasyonlar veya devlet kurumları tarafından da geliştirilebilmektedir⁵⁹. Gönüllülük esasına dayanan sistemlerde şirketlerden iyi niyetli hareket ederek bağımsız YK üyesi, kadın YK üyesi veyahut işçi temsilcisi gibi belirli niteliklere sahip YK üyesi atanması beklenmektedir. Bu konuda

⁵⁷ Nolan, Justine, "The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law?", in S Deva and D Bilchitz (eds) Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect? Cambridge University Press, (Nov. 2013); UNSW Law Research Paper No. 2013-72. Available at SSRN: <http://ssrn.com/=2338356>.

⁵⁸ Wymeersch, Eddy, "Enforcement of Corporate Governance Codes", ECGI - Law Working Paper No. 46/2005. <http://ssrn.com/abstract=759364> ; Bianchi, Marcello, Angela Ciavarella, Valerio Novembre and Rossella Signoretti, "Comply or Explain? Investor Protection Through Corporate Governance Codes", ECGI - Finance Working Paper No. 278/2010, <http://ssrn.com/abstract=1581350> ; Arcot, Sridhar, Valentina Bruno and Antoine Faure-Grimaud, "Corporate Governance in the UK: Is the Comply or Explain Approach Working?", International Review of Law and Economics, Forthcoming, 2009, <http://ssrn.com/abstract=1532290>.

⁵⁹ Detaylı analizler için bkz. Gersen, Jacob E. and Posner, Eric A., "Soft Law", Stanford Law Review, Forthcoming; U of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 213. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1113537>.

mevcut uygulamalar çok yaratıcı olabilmekte ve değişik gönüllülük uygulamaları geliştirilmektedir.

Yumuşak hukuk kuralları özellikle bağımsız YK üyeliğine ilişkin getirilen kurallar açısından önemli bir yere sahiptir. Bağımsız YK üyesine ilişkin en önemli metin OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri'dir⁶⁰. OECD üyesi olsun ya da olmasın birçok ülke OECD Kurumsal Yönetim İlkelerini temel metin olarak almış ve iç hukukta gerek yumuşak hukuk kuralı gerekse yaptırıma bağlı hukuk kuralı olarak yeniden yapılandırmıştır⁶¹. Son yıllarda yine YK'da kadın üye bulunmasına ilişkin tartışmalarda ise farklı kurumlardan farklı yumuşak hukuk kuralları doğmuştur. Örneğin kadın YK üyesi atanmasına ilişkin İngiltere'de doğan %30 hareketi⁶² oldukça önemlidir. İngiltere 2015'e kadar kadın YK üyesi oranını %30'a çıkarmayı hedeflemektedir. Bu hareket başarılı bulunarak diğer ülkeler için de getirilmiştir. AB'deki tartışmalar da yine gönüllü kalması şeklindedir; AB'deki sistem şirketlere bir hedef oran belirlemelerini ve bu orana ulaşmak için bir zaman dilimi belirlemelerini ve bunu kamuoyuna açıklamalarını düzenlemektedir⁶³. Almanya da uzun süre kadın YK üyelerine ilişkin kuralların yumuşak hukuk kuralı olarak kalması gerektiğini savunmuştur⁶⁴. Türkiye'de AB sistemini takip ederek kadın YK hususunda yumuşak hukuk kuralı niteliğinde bir düzenleme yapmıştır⁶⁵. İşçi temsilcisi bulunmasına ilişkin kurallar genelde yaptırıma bağlanmış hukuk kuralları ile getirilmektedir. Fakat şirketlerin veya diğer kurumların gönüllülük esasına

⁶⁰ OECD Principles of Corporate Governance.

<http://www.oecd.org/corporate/oecdprinciplesofcorporategovernance.htm>

⁶¹ AB de bağımsız YK üyeleri için tavsiyelerde bulunmuştur.

http://ec.europa.eu/internal_market/company/independence/index_en.htm

⁶² Detaylı bilgi için bkz. <http://30percentclub.org/> Yine benzer şekilde ABD'deki kampanyalar için bkz. <http://www.2020wob.com/> ABD açısından diğer gelişmeler için bkz. Alstott, Anne, "Gender Quotas for Corporate Boards: Options for Legal Design in the United States", Yale Law School, Public Law Research Paper No. 489, 2013. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2360253>.

⁶³ AB Komisyonu açıklamaları için bkz. http://ec.europa.eu/justice/newsroom/gender-equality/news/121114_en.htm

⁶⁴ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. <http://www.telegraph.co.uk/women/womens-business/10004330/Germany-rejects-female-board-member-quota-bill.html>

⁶⁵ Women on Board Turkey, 2014 <http://iwdturkey.sabanciuniv.edu/> s. 8.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

dayalı işçi temsilciliği sistemi getirmelerinde de bir engel yoktur⁶⁶. Bu sistemin özellikle bazı şirketlerde faydalı olacağı savunulmaktadır⁶⁷.

Diğer taraftan gönüllülük esasına dayanan kuralların çok daha organize hali, piyasa düzenleyici devlet kurumları tarafından geliştirilen ve genellikle kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin mevzuatta yer alan tavsiye niteliğindeki kurallar ile oluşturulmaktadır. Bu uygulamada şirketlere belirli oranda bağımsız YK üyesi bulundurma veyahut yine minimum oran belirlenerek kadın YK üyesi atanmasına ilişkin bir sistem tavsiye edilmektedir. Kurumsal yönetim ilkelerinde, şirketlerin bağımsız YK üyesi ve cinsiyet eşitliği ile ilgili rapor yayınlanması istenmesi de gayet yaygındır. Örneğin kurumsal yönetim ilkelerine girmiş kurallar uy ya da açıkla (*comply or explain*) yaptırımına bağlıdır⁶⁸. Bağımsız YK üyeliği ile başlayan ve kadın YK üyeliği ile devam eden sistemde şirketlere bu niteliklerde üye bulundurun tavsiyesi yapılmakta, bulundurmayanlara ise açıklama zorunluluğu getirilmektedir⁶⁹. OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri istekli ülkeler tarafından kabul edilirken, bu şekilde kabul edilmektedir. Son yıllarda kadın YK üyesi atanması için de benzer sistem yaygın olarak kulla-

⁶⁶ Osterloh, Margit, S. Frey, Bruno, Zeitoun, Hossam, “Voluntary Co-Determination Produces Sustainable Competitive Advantage”, https://www.uzh.ch/iou/orga/ssl-dir/wiki/uploads/Main/osterloh_frey_zeitoun.pdf.

⁶⁷ Bkz. The association between board composition and different types of voluntary disclosure <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:142516/FULLTEXT01.pdf>.

⁶⁸ Türkiye uygulaması ve sorunlar için bkz. Ararat, Melsa, ‘Comply or Explain’ Without Consequences; The Case of Turkey”, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1599831>.

⁶⁹ Bu konuda detaylı incelemeler için bkz. Andersson, Jan Bertil, “Evolution of Company Law, Corporate Governance Codes and the Principle of Comply or Explain - A Critical Review”, Published in The European Financial Market in Transition, Hanne Birkmose, Mette Neville & Karsten Engsig Sørensen (eds.), Kluwer Law International, 2011, Nordic & European Company Law Working Paper No. 10-19. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1869916>; Nedelchev, Miroslav, “Good Practices in Corporate Governance: One-Size-Fits-All vs. Comply-or-Explain”, 2013. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2347357>; Sergakis, Konstantinos, “EU Corporate Governance: A New Supervisory Mechanism for the ‘Comply or Explain’ Principle?”, European Company and Financial Law Review, Vol. 10, No 3, 2013. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2365424>.

nılmaktadır⁷⁰. Bu durumda kamuoyu ve piyasa baskısının önemli etki yapacağı düşünülmektedir.

Yumuşak hukuk kurallarının olduğu yerlerde mevzuata bağlı yaptırım olmadığı için piyasa aktörlerinin ve menfaat sahiplerinin şirketleri kurallara uyulması için zorlaması beklenmektedir. Çünkü kuralların sistematik bir şekilde sunulması ile birlikte kurala ilişkin uygulamalar kamunun bilgilendirilmesi, raporlanmasına ilişkin bir sistem de içermektedir. Bu durumda kamuoyu baskısı, medya baskısı, menfaat sahipleri ve hatta pay sahiplerinin (özellikle kurumsal pay sahiplerinin) şirket yönetimi üzerinde baskı unsuru oluşturması için gerekli zorlayıcı altyapı oluşturulmuş olmaktadır⁷¹. Sonuç olarak, hukuki yaptırıma konu olmasa bile izleme, kampanya ve eğitim ile zorlama vb. yöntemler ile şirketlerin kurala uyması yönünde baskı uygulanabilmektedir.

Yumuşak hukuk kurallarının faydalı olduğu düşünülse de mevzuatın bir parçası olmaması veya mevzuata girmiş olsa bile yaptırımlardan yoksun olması nedeniyle uygulamaların birçoğu hedeflere ulaşma hususunda başarısız olduğu için eleştirilmektedir⁷². Tabii ki hedeflere ulaşılmaya bile bu uygulamaların istenen sonuca ulaşılmasında katkı sağladığı da göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle yumuşak hukuk uygulamalarının tamamen göz ardı edilmesi düşünülemese de tek başına yaptırıma bağlanmış hukuk kurallarının alternatifi olarak da değerlendirilmemesi gerekir. Yumuşak hukuk kurallarının en önemli etkisi, yaptırıma bağlanmış hukuk kuralları açısından öncü olmalarıdır⁷³. Yumuşak hukuk kuralı olarak başlayan sistemin, yaptırıma bağlanmış hukuk kuralı olarak kendini göstermesi yaygın karşılaşılan bir durum olup, bu durum bağımsız YK üyeliği ve kadın YK

⁷⁰ Avustralya kadın YK üyeliği için uy ya da açıkla ile başarı sağlamayı hedeflemektedir. Choudhury, s. 11; AB'de aynı şekilde önerilerini sunmuştur.

http://ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/studies_en.htm

⁷¹ Eroğlu, s. 64.

⁷² Böckli, Peter and Davies, Paul L. and Ferran, Elis and Ferrarini, Guido A. and Garrido Garcia, José M. and Hopt, Klaus J. and Pietrancosta, Alain and Pistor, Katharina and Roth, Markus and Skog, Rolf and Soltysinski, Stanislaw and Winter, Jaap W. and Wymeersch, Eddy, "Making Corporate Governance Codes More Effective: A Response to the European Commission's Action Plan of December 2012", Oxford Legal Studies Research Paper No. 56/2014. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=23662773> s. 4 vd.

⁷³ AB hukukçularının bu konudaki incelemesi için bkz.

Böckli/Davies/Ferran/Ferrarini/GarridoGarcia/Hopt/Pietrancosta/Pistor/Roth/Skog/Soltysinski/Winter/Wymeersch, s. 7.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

üyeliği hususlarında da çok bariz bir şekilde yaşanmıştır. Nitekim karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde yumuşak hukuk kurallarının başarısız olması durumunda düzenleyicilerin müdahale edeceğine dair önemli örnekler de vardır. Örneğin son zamanların en yaygın tartışma konularından birisi olan kadın YK üyeliği kotaları için AB bir Taslak Yönerge dahi hazırlamıştır⁷⁴. Yine benzer olarak Almanya da kadın YK üyesi atanması için zorunlu kota konması yönünde çalışmalara başlamıştır⁷⁵.

B. Yaptırıma Bağlanmış Kurallar (*Hard Law*)

Bir kuralın yumuşak hukuk kuralları ile çıkarılırken amaçlanan hedefi yakalayamaması ve düzenlemeye olan ihtiyacın baskın olarak hissedilmesi durumunda, gerekli politik destek sağlanması ve düzenleyici otoritelerin iradesinin de bu yönde olması halinde, yumuşak hukuk niteliğindeki kuralın yaptırıma bağlanmış bir kural olarak yeniden şekillendirilmesi gereklidir⁷⁶. Karşılaştırmalı hukuktaki yumuşak hukuk kuralından yaptırıma bağlanmış bu hukuk kuralına geçiş süreci Türkiye açısından da benzer özellikler göstermektedir. Türkiye’de son 10 yılda kurumsal yönetimi artırmak için birçok yumuşak hukuk düzenlemesi yapılmıştır. Fakat son birkaç yılda özellikle kurumsal yönetimi merkezine yerleştiren iki temel kanun (TTK ve SerPK) ile kurumsal yönetime ilişkin birçok temel prensipler, uyulması zorunlu kuralların arasına girmiştir⁷⁷. Bununla yetinilmemiş, özellikle SPK düzenlemelerine tabi olan halka açık ortaklıklarda kurumsal yönetim ko-

⁷⁴ AB Komisyon açıklaması için bkz. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1118_en.htm

⁷⁵ Detaylı bilgi için bkz. <http://www.reuters.com/article/2014/03/25/us-germany-women-boards-idUSBREA201AT20140325>; Almanya’da borsa şirketlerinde 2017’den itibaren %30 kadın YK kuralı getirilmiştir. Bkz. <http://www.readingpdf.com/owners/non-executive-directors-in-europe-2013-hay-group-hay-> s. 29 vd.

⁷⁶ Hopt, Klaus J., “Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance after Enron, After Enron, Improving Corporate Law And Modernising Securities Regulation in Europe and The U.S.”, Oxford (Hart), 2006, pp. 445-496, <http://ssrn.com/abstract=356102>; Tarraf, Hussein, “Literature Review on Corporate Governance and the Recent Financial Crisis”, 2010, <http://ssrn.com/abstract=1731044>

⁷⁷ Türk Ticaret Kanunu Gerekeşi tüm açıklamalarda kurumsal yönetime özellikle yer vermiştir. Yine Sermaye Piyasası Kanunu Gerekeşi, Kurumsal Yönetimi Kanununun merkezine oturtmuştur. Bkz. <http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?yanmenuid=1>

nusunda uyulması zorunlu kuralların sayısı artış göstermiştir⁷⁸. Bu artış ise kurumsal yönetim eksikliği nedeniyle sermaye piyasalarının gelişemiyor olmasından kaynaklanmaktadır⁷⁹.

Aslında yumuşak hukuk kuralları ve yaptırıma bağlanmış hukuk kuralları birbirinin alternatifi değil, aksine destekleyicisidir. Şöyle ki yumuşak hukuk kuralları öncü kural olarak uygulanabilmekte ve kuralın zorunlu hale getirilmesi açısından gerekli altyapının oluşmasına katkı sağlamaktadır. Diğer taraftan yumuşak hukuk kurallarının kapsamı çok daha geniş uygulandığı için yaptırıma bağlanmamış kuralların yumuşak hukuk kuralları ile düzenlenmesi her iki kuralın birlikte yer almasının gerekli olduğuna işaret etmektedir⁸⁰. Bir normun yaptırıma bağlanacak hukuk kuralı haline dönüştürülmesi için çok çeşitli alternatif modeller vardır. Bunlar iki alt başlık altında incelenecektir.

1. Kanun Yapma Yolu ile Düzenleme

YK üyelerinde nitelik belirlenmesinde en etkili model, parlamentoların için içine girerek bir kanun çıkarma yolu ile normun detaylarını belirlemesidir. Aslında YK üyesinin niteliğini belirleyici müdahalelerin kanun ile yapılması temel bir gereklilik olduğu için kanun yolu ile düzenleme en yaygın uygulamadır. Konunun önemi ve özel aktörlerin mülkiyet ve diğer ekonomik hakları üzerinde kısıtlayıcı etkisi sebebiyle bu hükümlerin kanun ile getirilmesi gerektiği genel kabul gören görüştür.

Karşılaştırmalı hukuk uygulaması incelendiğinde görülecektir ki YK üyesinin niteliğini belirleyen kurallar temel model olarak kanun ile getirilmektedir. Örneğin, Almanya’da işçi temsilciliği hakkında detaylı düzen-

⁷⁸ SPK Düzenleme metinleri, uygulamaya yönelik çalışmalar için bkz. SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri, <http://www.spk.gov.tr/indexcont.aspx?action=showpage&menuid=10&pid=0&submenueader=-1>.

⁷⁹ Uğur, Mehmet, Ararat, Melsa, “Does Macroeconomic Performance Affect Corporate Governance: Evidence from Turkey”, *Corporate Governance: An International Review*, Vol.14, No.4, July 2006, pp. 325-348; Ararat, Melsa, “‘Comply or explain’ without consequences: the case of Turkey”, *Handbook on International Corporate Governance*, Malin, Christine A. (ed.), Cheltenham-UK, Northampton- USA, Edward Elgar, 2011, pp. 355-370.

⁸⁰Böckli/Davies/Ferran/Ferrarini/GarridoGarcia/Hopt/Pietrancosta/Pistor/Roth/Skogh/Soltysinski/Winter/Wymeersch, s. 4 vd.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

lenmeler içeren kanunlar vardır⁸¹. Yine kadın YK üyesi atanmasına ilişkin kurulların kanun tarafından getirilmesi karşılaştırmalı hukukta temel yapı olarak karşımıza çıkmaktadır⁸². Kanun ile düzenleme yolunu seçmek kuralın uygulanması açısından da önem arz etmektedir. Şöyle ki normun kanun tarafından getirilmesi durumunda iptal edilmesi veya değiştirilmesi ihtimali alt mevzuat ile düzenleme yapılması hallerine göre daha az olup bu durum düzenlemenin hedefe ulaşması açısından önem arz etmektedir. Fakat kanun yapma yolu ile getirilen sistem çoğunlukla esnek yapıdan yoksun olabilmekte ve değişen durumlara uyarlanmasında sorunlar yaşanabilmektedir. Bu nedenle düzenleme esaslarının kanun ile belirlenip uygulama esaslarını belirlemede idareye takdir hakkı verilmesi de yaygın bir uygulamadır⁸³. Kanun ile yapılan düzenlemelerde kurala ilişkin tüm detaylar belirlenirken bazı durumlarda ise kanun kuralın çerçevesini çizerek uygulama esaslarının belirlenmesini düzenleyici otoritelere bırakmaktadır.

2. Alt Mevzuat ile Düzenleyici Otoriteler Tarafından Düzenleme Yöntemi

Ekonomik dünyanın hızlı akışı içerisinde etkin ve detaylı düzenlemelerin bazı durumlarda parlamentolara göre daha hızlı hareket edebilen ve konunun uzmanı olan düzenleyici otoritelerce yapılması kaçınılmazdır. İşte bu ihtiyacı gidermek için bazı durumlarda kanun koyucu düzenleme yetkisini (kanun tarafından genel çerçevesinin çizilmiş olması şartıyla) diğer düzen-

⁸¹ Bu kanunlar ilişkin detaylı inceleme için bkz.

http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a741e-co-determination-2013-englisch.pdf?__blob=publicationFile

⁸² Zorunlu kota getiren ülkeler kanun yolu ile düzenleme yoluna gitmişlerdir. Örneğin Norveç 2001 yılında kadın YK atanmasını zorunlu hale getiren kanunu çıkarmıştır. Norveç'in düzenleme geçmişi için bkz. Sjøfjell, Beate, "Gender Diversity in the Board Room & Its Impacts: Is the Example of Norway a Way Forward?", Paper presented at International Board Gender Diversity Forum 'Mandatory Gender Quota Legislation: Will Australia Follow Europe?', October 2014, Deakin Law Review, Forthcoming; University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2014-48. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2536777>; Yine Fransa 2011 yılında kanun ile düzenleme yoluna gitmiştir. Adams, Renee B., Gray, Stephen and Nowland, John, 'Does Gender Matter in the Boardroom? Evidence from the Market Reaction to Mandatory New Director Announcements', 2011. Available at SSRN <<http://ssrn.com/abstract=1953152>>

⁸³ Nitekim Türk uygulamasında bağımsız YK'ları açısından SerPK (m.17) zorunluluk esaslarını belirlemiş ve uygulama detayları için düzenleyici kuruma yetki devrini düzenlemiştir. Bkz. Eroğlu, s. 39 vd.

leyici otoritelere bırakmaktadır. Düzenleyici kurumlara bazı durumlarda geniş takdir yetkisi verilerek YK'ya ilişkin üye niteliklerini belirleme hakkı da verilmektedir. Bazı durumlarda ise kanun YK üyesi niteliğinin belirlenmesine ilişkin temeli kurmakta fakat oran, sayı, uygulama süresi, yaptırım gibi esasların belirlenmesini düzenleyici otoritelere bırakmaktadır.

Her ne kadar düzenleyici kurumların yetki kullanımlarındaki esnek yapısı düzenleme yapılmasını kolaylaştırmakta ise de kanun koyucular dışındaki kurumların müdahale haklarının geniş tutulması durumunda beklenen faydanın sağlanması açısından sorunlar yaşanabilecektir. Düzenleyici kurumların yetki sınırlarını aştıkları yönünde tartışmalar sıklıkla yaşanabilmekte ve bu da düzenlemenin iptali sonucunu doğurabilmektedir. Diğer taraftan yine düzenleme yetkisinin sektör düzenleyici otoritelere bırakılması, düzenleyicinin piyasa aktörlerinin etkisinde kalması durumunun (*regulatory capture*) yaşanmasına sebep olabilecektir⁸⁴. Nitekim güçlü lobilerin bağımsız YK üyesi ve kadın YK üyesi atanmasına ilişkin hususlarda düzenleyiciler üzerinde kurdukları etki bazı durumlarda açıkça hissedilmektedir.

3. Şirket Ana Sözleşmesi ile Düzenleme Yöntemi

Kanun ile yapılan düzenlemelerde kurala ilişkin tüm detaylar belirlenirken bazı durumlarda ise kanunun kuralın çerçevesini çizerek uygulama esaslarının belirlenmesini düzenleyici otoritelere bıraktığını belirtmiştik. Bazı durumlarda da kanun çerçeveyi belirleyerek şirketlere bu özellikleri belirleme yetkisi verdiği gibi bazen de yönetim kurulu üyelerinin belirli gruplar arasından seçilmesini sağlayan haklar da tanıyabilir. Türk Hukukunda TTK m. 359 hükmüne göre gerçek kişi yönetim kurulu üyesinin ya da tüzel kişi yönetim kurulu üyelerinin temsilcilerinin tam ehliyetli olmaları gerekmektedir. Bunun yanında üyeliği sona erdiren sebeplerin seçilmeye engel olacağı belirtilerek TTK m. 362, f. 2'ye atıf yapılmıştır. TTK m. 362, f. 2'ye göre ise hakkında iflas kararı verilenler, ehliyeti kısıtlananlar ya da başka bir kanunda veya esas sözleşmede yer alan nitelikleri taşıma-

⁸⁴ Veltrop, Dennis, de Haan, Jakob, "I Just Cannot Get You Out of My Head: Regulatory Capture of Financial Sector Supervisors", De Nederlandsche Bank Working Paper No. 410, 2014. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2391123>; Hertig, Gerard, "On-Going Board Reforms: One-Size-Fits-All and Regulatory Capture", ECGI - Law Working Paper No. 25/2005, 2005, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=676417>.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

yanlar yönetim üyesi olamayacaktır. Bu hüküm şirketlere şirket ana sözleşmesinde düzenleme yaparak yönetim kurulu üyelerinin niteliklerini belirleme yetkisi vermektedir. Emredici hükümler ilkesine aykırı olmamak şartıyla şirket ana sözleşmesinde yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri düzenlenebilecektir⁸⁵. Örneğin belli bir eğitim düzeyinde olma şartı, belli bir yaştan küçük ya da büyük olma şartı, uyrukluk, belli bir faaliyet alanlarda tecrübe veya mezuniyet şartı şirket ana sözleşmesinde öngörülebilecektir. Ayrıca TTK m. 360'a göre çeşitli pay gruplarının da yönetim kurulunda temsil edilmesini öngörerek hem seçecek kişilerin hem de seçilecek kişilerin niteliğinde belirleme yapılması da imkan dahilindedir⁸⁶.

V. NİTELİKLİ YK ÜYESİNE İLİŞKİN GETİRİLEN KURALLARIN UYGULAMA ESASLARI

YK üyesi seçiminde bazı özelliklere sahip olmayı gerekli tutan kuralların uygulama formüllerini farklı açılardan değerlendirmek konuyu daha derin anlamak için faydalı olacaktır. Bu durumda kuralların özellikle hangi şirketlerin kapsam dahilinde olacağını belirlenmesi, nitelikli üyelere ilişkin oranın belirlenmesi, üyelere olması gereken nitelikler açısından inceleme yapmak konuyu değerlendirme açısından önem arz etmektedir.

A. Hedef Şirketler

YK'da nitelikli üye bulunmasına ilişkin kurallarda temel hedef anonim şirket YK'larıdır. Bunun sebebi, kural koyucular tarafından anonim şirketlerin hem sermaye şirketleri açısından hem de düzenleme açısından temel şirket tipi olarak düşünülmesidir. Ayrıca anonim şirketlerde YK bulunması zorunludur. Bu nedenle anonim şirketlerin diğer şirketlerden ayrılması doğaldır. YK'nın varlığı ve özellikle birden çok üyeden oluşmasının zorunlu olmasının çok yaygın olması (özellikle düzenlenmiş piyasalar açısından) düzenlemenin anonim şirketleri hedeflemesini gerekli kılmaktadır. Her ne kadar anonim şirketlerde tek üyeli YK'ya izin veriliyor olsa da bu tür şirketler genel olarak nitelik belirleyici kuralların kapsamı dışında bira-

⁸⁵ Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2014, s. 230.

⁸⁶ Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, 2013, s. 199.

kılmaktadır⁸⁷. Bunun dışında istisnai durumlarda limited şirket kurulları için de üye niteliği belirleyen kurallar vardır⁸⁸.

Her ne kadar düzenlemeler anonim şirketleri hedef alsada düzenleme hedefleri ve gerekleri, tüm şirketler için YK üye niteliğini belirlemeyi gerekli kılmayabilir. Bu durumda düzenlemelerin kapsamı spesifik düzenlemenin hedefine göre, tüm şirketlerden başlayarak, halka açık şirketlere, borsa şirketlerine, düzenlenmiş piyasada faaliyet gösteren şirketlere, denetime tabi şirketlere, kamu şirketlerine veya ciro, öz sermaye, çalışan sayısı vb. kriterlere göre belirli büyüklüğe ulaşmış şirketler olmak üzere çok farklı şekillerde kendini göstermektedir. Ayrıca kapsama girmesine rağmen bazı haklı nedenlerin varlığı halinde kuralı uygulamaktan muaf tutulan şirketlerin olması da muhtemeldir⁸⁹. Diğer taraftan kapsamın kuralın ilk uygulaması aşamasında dar tutulup zaman içerisinde genişletilmesi de yaygın uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kapsamın belirlenmesi kuralların sağlıklı işlemesi açısından hayati öneme sahiptir. Şöyle ki düzenleme kapsamını geniş tutmak kuralın uygulanmasını zorlaştırabilmektedir. Örneğin TTK'nın ilk halinde getirilen YK üyelerinin en az dörtte birinin üniversite mezunu olması şartı, tek üyeli YK'ya sahip olan anonim şirketler hariç, tüm anonim şirketler için getirilmişti. Tüm anonim şirketlere getirilmiş bu kural iş dünyasından gelen tepkiler sonucu kaldırılmıştır. Gerçekten de bu kuralın uygulanması bazı durumlarda aile şirketleri açısından adaletsiz sonuçlar doğuracağı gibi, aynı

⁸⁷ Örneğin TTK'nın ilk halindeki yer alan eğitim şartı için tek YK üyesi bulunan şirketler kapsam dışında bırakılmıştı.

⁸⁸ Örneğin Alman İşçi Temsilciliğine ilişkin kurallar hem limited hem anonim şirketlere uygulanmaktadır. Bkz. <http://www.bmas.de/EN/Service/Publications/a741e-co-determination-2013-englisch.html> s. 17.

⁸⁹ Örneğin SPK, KYT gereği bazı pay sahipliği yapısı gereği ortak kontrole konu şirketlerde esnetilmiş uygulamaya izin vermektedir. KYT m. 6: "(1) Bağımsız yönetim kurulu üye sayısı hakkında (4.3.4.) numaralı ilkede belirtilen kriterler, Üçüncü Gruptaki ortaklıklar ile yapılacak başvurunun Kurulca uygun görülmesi koşuluyla, sermayesinin aralarında eşit olarak en az %51'inin doğrudan veya dolaylı olarak sermaye, yönetim veya denetim ilişkisi bulunmayan, birbirinden bağımsız ve ortaklık ile ilgili önemli kararlarda her bir tarafın olumlu oyu gerekecek şekilde ortaklığın yönetim kontrolünü sözleşme ile eşit olarak paylaşan iki gerçek veya tüzel kişiden oluşan bankalar hariç iş ortaklıkları için uygulanmaz. Bu ortaklıklarda bağımsız üye sayısının iki olması yeterlidir." YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

zamanda kuraldan beklenen kurumsallaşma hedefinin aksi yönünde sonuçlar doğurabilecek nitelikte idi⁹⁰.

Kapsam genelde düzenlemenin temel amacına uygun olması, uygulama sorunlarını en aza indirmek veya hukuki araçların şirketlerin genel karakterlerine uygun olamaması gibi nedenlerden dolayı daraltılmaktadır. Özellikle tek üyeli YK'ya sahip şirketlere izin verilmiş olması düşünüldüğünde bu tür şirketler için ve küçük ölçekli şirketler için YK niteliğini belirleyici kurallar getirmek çok zordur. Bu nedenle kurallar genelde kanunen belirli sayıda YK üyesi bulundurulması zorunlu olan anonim şirketleri kapsama almaktadır. Örneğin Türkiye'de KYT ve KYİ gereği borsa şirketlerinde en az 5 YK üyesi olmalıdır⁹¹. Bankalar, sigorta şirketleri gibi düzenlenmiş piyasalarda faaliyet gösteren şirketlere ilişkin bu tür benzer kurallar vardır. İşte bu nedenle bağımsız YK üyeliğine ilişkin kurallar genel ilke olarak payları bir borsada işlem gören şirketler için getirilmektedir. Kurumsal yönetim gereklerinin en baskın olduğu şirketlerin borsada işlem gören ve düzenlenmiş piyasalarda faaliyet gösteren şirketlerin olmasından kaynaklı olduğu için borsa şirketleri ve düzenlenmiş piyasada faaliyet gösteren şirketlerde bağımsız YK üyesi bulunması kuralı düzenlenmiştir⁹². Diğer taraftan TTK'daki dörtte bir üyenin üniversite mezunu olma şartından tek YK üyesi bulunan şirketler muaf tutulmuştu, çünkü hukuki araçlar bu kuralı uygulamaya uygun değildi.

Kadın YK üyesi için ise bazı ülkeler çerçeveyi çok geniş tutarken bazıları ise daha dar kapsamlar belirlemiştir. Norveç tüm anonim şirketlerde kadın YK üyesi kotası uygulanmasını zorunlu tutmuştur⁹³. Fakat diğer ülkelere baktığımızda temel haklara müdahale ve özel mülkiyet meseleleri tartışmaları ve şirketlerin pay sahipliği ve toplumsal yapısı düşünüldüğünde bu kuralı halka açık şirketlere, kamu şirketlerine veya büyük ölçekli şirketlere uygulamak çok daha yaygın olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁴. YK

⁹⁰ Bahtiyar, 6335 Sayılı Kanun İle Yeni TTK'da Yapılan Değişiklikler ve İşletmeler/Şirketler için TTK'ya Uyum Takvimi, s. 23.

⁹¹ KYİ 4.3.1. *Yönetim kurulu üye sayısı, her durumda beş üyeden az olmamak koşulu ile, yönetim kurulu üyelerinin verimli ve yapıcı çalışmalar yapmalarına, hızlı ve rasyonel kararlar almalarına ve komitelerin oluşumuna ve çalışmalarını etkin bir şekilde organize etmelerine imkan sağlayacak şekilde belirlenir.*

⁹² Eroğlu s. 38 vd.

⁹³ Sjäfjell, s. 4.

⁹⁴ Bazı örnekler için bkz. Alstott, s. 17.

üyeliğinde tüm şirketleri nitelikli üye kuralı açısından zorlamak sosyal adalet ve kurumsal yönetim etkinliği hedefleri açısından beklenmeyen sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle bazı ülkeler tercihlerini sadece kamu tarafından sahip olunan şirketlere zorunluluk getirme yönünde kullanmışlardır⁹⁵. Kamu şirketi açısından müdahale daha az sorunludur.

İşçi temsileliliği için doğal olarak çalışan sayısı önem arz etmektedir⁹⁶. Yine kamu şirketlerinde işçi temsilcisinin bulunması ayrı bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Bazı durumlarda ise belirli sektörlerde faaliyet gösteren şirketler önem arz etmektedir⁹⁷. Zorunluluk için gerekli işçi sayısı hususu ise her ülkede farklı şekillerde belirlenmiştir. Ayrıca burada asıl hedef çok işçi çalışan şirketler olduğu için hem anonim şirketler hem de limited şirketlerin kapsam dahilinde tutulması söz konusu olabilmektedir⁹⁸.

Sonuç olarak, kapsamdaki şirketlerin belirlenmesinde temel kıstaslar genel olarak politik tercihlere ve uygulamanın pratikteki yansımalarına göre şekillenmektedir. Kapsamı uygun belirlemek, istenilen hedefe ulaşmak ve getirilen düzenleme ile ekonomik haklar arasında denge kurmak ve düzenlemenin sağlıklı uygulanabilmesi için temel gerekliliktir. Bu nedenle beklenen hedefe göre dengeli bir kapsam belirlemeyen, TTK'nın ilk halinde getirilen YK üyelerinin dörtte birinin üniversite mezunu olması, bir YK üyesinin Türk vatandaşı olması zorunluluğu haklı olarak kaldırılmıştır. Bu

⁹⁵ Örneğin Brazilya ve Filipinler kadın YK üyesi konusunda bu yönde bir düzenleme getirmiştir. Bkz. Alstott, s. 18; İşçi temsileliliğinde bazı ülkeler kamu şirketlerine ilişkin özel kurallar koymuşlardır. İşçi temsilcisine ilişkin detaylı istatistiki bilgi için bkz. <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Germany/Board-level-Representation2>.

⁹⁶ Jean J. du Plessis ·Bernhard Großfeld Claus Luttermann Ingo Saenger Otto Sandrock German Corporate Governance in International and EuropeanContext (Springer, 2008), s. 117.

⁹⁷ Jean J. du Plessis ·Bernhard Großfeld Claus Luttermann Ingo Saenger Otto Sandrock German Corporate Governance in International and EuropeanContext (Springer, 2008), s.116.

⁹⁸ Örneğin Avusturya, Hırvatistan, Danimarka, Finlandiya, Almanya, Macaristan, Hollanda, İşveç hem anonim şirket hem de limited şirketler için işçi temsileliliği kuralları getirmiştir. İşçi temsilcisine ilişkin detaylı istatistiki bilgi için bkz. <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Germany/Board-level-Representation2>.

tür sorunlar ile karşılaşmamak için kuralın ilk uygulamasında tüm yönleri ile değerlendirilerek getirilmesi önem arz etmektedir.

B. Nitelikli YK Üye Sayısı ve/veya Oranı

YK üyesinde nitelik belirleyen kuralların kapsamına giren şirketlerin hangileri olduğunun belirlenmesi aşamasından sonraki adımı ise nitelikli üye oranının belirlenmesidir. YK üyelerinde bulunması gereken nitelikli üye genelde yüzdesel veya kesirsel bir oran ifade edebileceği gibi sayı ile de belirtilebilir. Örneğin, ABD’de borsa şirketlerinde bağımsız YK üye oranı tüm üyelerin yarısından fazla olmalıdır⁹⁹. Norveç şirketlerde bulunması gereken kadın/erkek üye oranının %40 olmasının gerektiğini düzenlemiştir¹⁰⁰. Yine Türk mevzuatı bağımsız YK üyesi zorunluluğu için üye oranını en az 1/3 olarak belirlemiştir¹⁰¹. İşçi temsilciliğinde oran ise çok istisnai durumlarda 1/2 olmak üzere genelde 1/3 ve 1/4 civarındadır¹⁰². Bunlara ek olarak sayısal ifade ile üyelerin belirlendiği durumlarda söz konusu olabilecektir. İşçi temsilcisine ilişkin kurallarda bazı durumlarda oran yerine en az 1, 2 veya 3 gibi sayı ile ifade edilen kurallar getirilmiştir¹⁰³. Kadın YK atanmasına ilişkin Hindistan şirketler kanunu 2013 tarihinden itibaren tüm halka açık şirketlerde en az 1 kadın YK üyesi bulmasını tavsiye etmekte-

⁹⁹ ABD düzenlemelerin incelemesi için bkz. <http://www.pwc.com/us/en/transaction-services/publications/companies-going-public.jhtml> s. 13 vd. ABD’de kontrol eden pay sahibi olan şirketler ile diğer şirketler ayrılmışlar ve farklı oranlarda bağımsız YK üyesi bulundurma zorunluluğu getirilmiştir. Genel olarak tüm şirketlerde ortalamada %68 oranında bağımsız YK üyesi vardır.

¹⁰⁰ Sjøfjell, s. 6 vd.

¹⁰¹ KYİ m.4.3.2 gereği, *Yönetim kurulu içerisindeki bağımsız üye sayısı toplam üye sayısının üçte birinden az olamaz. Bağımsız üye sayısının hesaplanmasında küsuratlar izleyen tam sayı olarak dikkate alınır. Her durumda, bağımsız üye sayısı ikiden az olamaz. Mevcut durumda bağımsız YK üyesi oranı borsa şirketlerinde zorunluluk sistemi ile birlikte %29.1 e ulaşmıştır. Women on Board Turkey, 2014, www.iwdturkey.com s.10; Detaylı analiz için bkz. Ararat, Melsa, Yurtoğlu, Besim Burçin, “Sermaye Piyasası Kurulu'nun 'kurumsal yönetim' konulu tebliği ile ilgili genel değerlendirme ve yorum”, Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu Working Paper tarih: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2040376 (15.02.2014 tarihinde erişilmiştir.).*

¹⁰² Jackson, s. 6 vd.

¹⁰³ İşçi temsilcisine ilişkin detaylı istatistiki bilgi için bkz. <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Germany/Board-level-Representation2>.

dir¹⁰⁴. Türk mevzuatına baktığımızda ise gönüllük esasına dayanan kadın YK üyesi sayısına ilişkin belirlenen ilk düzenlemede en az bir kadın YK üyesi bulunması tavsiye edilmişti¹⁰⁵. Yine vatandaşlık şartı getiren TTK'nın ilk halindeki kuralda en az bir Türk vatandaşı kuralı bulunmaktaydı. Mevcut bağımsız YK üyesi kuralında ise bazı şirketlerde 1/3 oranı belirlenirken, bazı şirketler için en az 2 bağımsız YK üyesi bulunur şeklinde hem oran hem de sayısal ifade yer almaktadır¹⁰⁶.

Diğer taraftan oran belirlemede hedefteki şirketlerin hepsi aynı orana tabi olmayabilir. Şirketler bazı kıstaslara (büyüklük, işçi sayısı, net satışlar, piyasa değeri, sermaye oranı vb.) göre sınıflara bölünerek bu konuda bir yapı oluşturulabilmektedir. Örneğin Türkiye'de bağımsız YK üyeliğine ilişkin kuralda halka açık şirketler üç sınıfa bölünmüş ve oran ile uygulama esasları açısından farklılaştırılmış yükümlülükler getirilmiştir¹⁰⁷. Yine işçi temsilciliğine ilişkin düzenlemede genelde şirketler işçi sayısına göre sınıflara ayrılmış ve düzenleme bu şekilde yapılmıştır¹⁰⁸. YK oranı hesaplanırken bazı durumlarda şirketin tüm YK üyeleri değil sadece belirli YK üyeleri hesaba dahil edilebilmektedir. Örneğin AB'nin kadın YK üyelerine ilişkin Taslak Yönergesinde sadece murahhas olmayan (*non-executive*) üyeler bağımsız YK oranının hesaplanmasına dahil edilmektedir¹⁰⁹. Türk Hukukunda şirket esas sözleşmesinde öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabilmektedir

¹⁰⁴ Zehnder, Egon, "2014 European Board Diversity Analysis",

http://www.egonzehnder.com/files/2014_egon_zehnder_european_board_diversity_analysis.pdf. s. 15.

¹⁰⁵ Ararat, Melsa, Yurtoğlu, Besim Burçin, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun 'kurumsal yönetim' konulu tebliğleri ile ilgili genel değerlendirme ve yorum", Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu Working Paper Series No:

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2040376 (15.02.2014 tarihinde erişilmiştir.).

¹⁰⁶ Eroğlu, s. 54 vd.

¹⁰⁷ KYT'nin 6. maddesi gereği sınıflandırma yapılmakta ve SPK tarafından her yıl yayınlanmaktadır. 2015 yılı için bkz.

<http://www.spk.gov.tr/apps/haftalikbulten/displaybulten.aspx?yil=2015&sayi=1>

¹⁰⁸ Almanya'da işçi sayısına göre bu oran belirlenmiştir. Bkz.

<http://www.bmas.de/EN/Service/Publications/a741e-co-determination-2013-englisch.html> s. 17.

¹⁰⁹ AB'de bağımsız YK için tavsiyelerde bulunmuştur. Bkz.

http://ec.europa.eu/internal_market/company/independence/index_en.htm
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

(TTK m. 360). Esas sözleşmede seçilecek YK üyelerinin bu gruplar içinden seçileceği öngörülebileceği gibi, bu gruplara aday önerme hakkı da tanınabilmektedir. Bu şekilde önerilen adayın haklı bir sebep bulunmadığı sürece seçilmesi zorunludur (TTK m. 360). Halka açık şirketlerde bağımsız YK üyelerine ilişkin düzenlemeler saklı kalmak şartıyla, bu şekilde seçilen YK üyelerinin YK'nın yarısını aşmaması gerekmektedir. Bu hakkın tanındığı pay grupları TTK kapsamında imtiyazlı olarak kabul edilmektedir (TTK m. 360, f. 2)¹¹⁰.

YK üyesi niteliği belirleyen kurullarda sık rastlanan diğer bir uygulama ise kademeli geçiştir. Şirketlerin belirlenen orana ulaşması için zaman tanınması amacıyla başlangıç aşamasında düşük tutulan oranlar zamanla artırılarak, hem adaptasyon kolaylığı sağlamakta hem de geçişlerde çıkması muhtemel sorunlar minimize edilebilmektedir. Örneğin Norveç kadın YK üyeliği zorunluluğuna ilişkin kuralı ilk koyduğunda zorunluluk %20 olarak belirlenmiş ve son aşamada kademeli geçiş ile %40 oranına ulaşacak bir geçiş takvimi belirlemiştir¹¹¹. Benzer uygulamalar diğer ülke örneklerinde de görülmektedir¹¹².

Oranı değerlendirirken göz önünde bulundurulması gereken önemli hususlardan birisi ise getirilen nitelikler açısından, birbiri ile çelişen bir durum yaratmıyorsa, bir üyenin birden fazla nitelik taşıyabilecek olmasıdır. Örneğin, bağımsız YK üyesinin kadın olması durumunda hem bağımsız YK üyeliği için hem de kadın YK üyesi için belirlenen oranda hesaba katılacaktır; ama diğer taraftan işçi temsilcisinin bağımsız YK üyesi olması mümkün olmayacağı için bu iki nitelik tek üyede bir arada olamayacaktır.

Tüm bu farklı uygulamalar arasında en önemli çıkarım, oranın belirlenmesinde nitelik belirleyici kuralın koyuluş amacı, ülkedeki şirketlerin genel yapısı ve uygulamaya yönelik endişelerin bir arada değerlendirilmesi

¹¹⁰ Bu hüküm imtiyazın belli bir paya tanınacağı kuralın bir istisnası niteliğindedir. Ancak grup imtiyazı tanınması Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarının kanunlaşması şeklinde ve ekonomik gerçeklik ve ihtiyaçlar bağlamında kabul edilmiştir. Bkz. TTK m. 360 madde gerekçesi.

¹¹¹ Sjåfjell, s. 6 vd.

¹¹² Örneğin Fransa 2014'de Kadın YK üyesi oranını en az %20 belirlerken bu oranın 2017'de %40'a yükseltilmesi kuralını getirmiştir. Bkz.

<http://www.readingpdf.com/owners/non-executive-directors-in-europe-2013-hay-group-hay- s. 27 vd.>

gerektiğidir. Oran konusunda genel yaklaşım ise bir şekilde pay sahiplerinin seçim hakkını sınırlayan üye niteliğinin istisnai haller hariç %50'yi geçmeyecek şekilde belirleniyor olmasıdır¹¹³. Oranın %50 yi geçmemesi durumu pay sahiplerinin takdir haklarının sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesini zedelememek içindir. Fakat birden fazla nitelik belirleyici kuralın bir arada olması durumunda pay sahiplerinin tamamen özgürce belirleyecekleri YK üye sayısı %50'nin altına düşebilecektir.

C. YK Üyesine İlişkin Niteliklerinin Netleştirilmesi

YK üyesi niteliklerinin belirlenmesinde aşırı müdahaleci uygulamalar sorunlar çıkarabilecektir. Örneğin, YK üyesi için üniversite mezunu olma kuralı getirilmesi ne kadar tanımlanabilir olduğu tartışmalıdır. Yine nitelik olarak vatandaşlık şartı getirmek hem uygulama hem de beklenen fayda açısından tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Vatandaşa tanınan ayrıcalığın sebebi ve bu ayrıcalığın arkasında yatan gerekçelerin neler olduğu yukarıda da incelendiği üzere çokça tartışılmıştır. Nitelik belirlenmesinde dikkatli hareket edilmemesi durumunda bu niteliklerin faydaları tartışılabilmekte ve kuralın tamamen kaldırılması ile sonuçlanabilmektedir.

Şirketlerde belirli nitelikteki üyelerin belirlenmesinde üye niteliğinin tanımını da önem arz etmektedir. Tanımın açık ve net olması amaçlanan hedefe ulaşmak açısından ve uygulama sorunlarını en aza indirmek açısından önem arz etmektedir. Bu kategoride en önemli zorluk bağımsız YK üyesi atanması aşamasında oluşacaktır. Örneğin, bağımsız YK üyesi çok çeşitli şekilde ve birbirinden farklı tanımlamalara konu olabilmektedir¹¹⁴. Bunun için bağımsız YK üyesi atamalarında otoritelerin detaylı kontrol etme sistemi ve/veya önceden belirlenmiş listelerden atama yapılması sistemi gibi kriterlere yer verilmesi yaygın bir uygulamadır¹¹⁵.

¹¹³ ABD'de bağımsız YK üyesi oranının en az %50 olması gerektiği kuralı vardır. ABD'de de pay sahipliği yapısı dağıtılmış pay sahipliği yapısındadır. Bu nedenle bu oran adildir. İşte ABD bu orana istisna olarak yoğunlaşmış pay sahipliğine sahip şirketlerde bu oranın altında bir bağımsız YK üyesi bulunmasına izin vermektedir. Detaylı bilgi için bkz. <http://www.sec.gov/rules/sro/34-48745.htm>.

¹¹⁴ Örneğin bazı ülkeler bağımsız YK üyelerinin hiçbir şekilde pay sahibi olmasına izin vermezken, bazı ülkeler bağımsız YK üyelerinin belirli orana kadar pay sahibi olabileceğini düzenlemiştir. Detaylı tanımlar için bkz. Ferrarini/Filippelli, s. 13 vd.

¹¹⁵ Türkiye uygulamasında SPK'nın bazı şirketlerdeki bağımsız YK adaylarını kontrol sistemi getirmiştir (KYİ 4.3.7). Detaylı inceleme için bkz. Eroğlu s. 57
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Nitelik belirlerken önemli bir konu da cinsiyet temelli bir belirleme-
de sadece kadın mı yoksa her iki cinsiyeti de esas alan bir oran mı belirle-
neceği sorusudur. Bazı ülkeler sadece kadınlar açısından kota belirlerken
diğer bazı ülkeler eşitlik prensibi gereği kadın erkek açısından kota belir-
lemiştir¹¹⁶. İşçi temsilciliğine ilişkin hususlarda ise işçinin niteliği, hangi
işçilerin seçilmesi gerektiği gibi konuların da açıklığa kavuşturulması ge-
reklidir. Ayrıca seçim işçilerce yapılırken, YK üyesinin işçi olup olmaya-
cağına dair kurallar da önem arz etmektedir.

Düşünülmesi gereken hususlardan birisi de tüzel kişi YK üyeleri açı-
sından konunun değerlendirilmesi ve uygulama hususlarının belirlenmesi-
dir. Kurallarda tüzel kişi YK üyeleri için uygulama esaslarına genelde yer
verilmemektedir. Bu durumda kuralın uygulanması açısından temsilcinin
niteliği önem arz edecektir. YK üyeliği için kanun ya da esas sözleşmede
aranan şartlara, tüzel kişileri temsilen seçilen gerçek kişilerin de sahip ol-
masının beklenmesi en uygunu olacaktır. Kanunda bu konuda bir açıklık
yoktur ancak kanundaki ya da esas sözleşmedeki şartların bu kişilerde de
aranmaması kanunun (veya esas sözleşmenin) dolanılması sonucunu doğu-
racaktır. Bu konu özel kanunlara tabi şirketler açısından oldukça önem
taşımaktadır. Mesela 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.23 ve bu maddeye
atıfla m.8 ile 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.4 ve onun atfıyla m.3 uya-
rınca aranan YK üyeliği şartlarının tüzel kişi temsilcisi olacak gerçek kişi-
de aranmaması uygun değildir. Bu bakımdan hem tüzel kişiyi temsil eden
gerçek kişi hem de uygun düştüğü ölçüde tüzel kişi, YK üyeliği için ka-
nunlarda ve esas sözleşmede aranan şartları taşımalıdır¹¹⁷.

Diğer taraftan ise şirket pay sahiplerinin seçim hakları kaldığı sürece
belirlenen niteliklerin şekilsel kaldığı tartışılmaktadır. Karşılaştırmalı hu-
kuk uygulamaları ve Türk hukukundaki uygulamalar göstermiştir ki YK
üyelerinin belirli nitelikte olmasını gerektiren uygulamalar olması duru-
munda şirketler şekilsel uygulamaları tercih edebilmektedir. Aslında bazı
haklı yönleri olan bu eleştiriden kaynaklı durumun engellenmesi için dü-
zenlemeler ile bazı tedbirler alınmıştır. Örneğin birçok hukuk sisteminde

¹¹⁶ Norveç, %40 kotayı hem erkek hem kadınlar için belirlemiştir. Sjåfjell, s. 7.; Ama bu
durum Türkiye ve benzeri konumdaki ülkeler için çok gerekli olmayabilir. Örneğin Tür-
kiye’de borsa şirketlerinde kadınların çoğunlukta olduğu tek bir YK dahi yoktur. Women
on Board Turkey 2014 <http://iwdturkey.sabanciuniv.edu/>

¹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, s. 405-406.

işçi temsilciliğinde seçim hakkı işçilere verilmiştir¹¹⁸. Diğer taraftan ise kadın YK üyesi, eğitim ve vatandaşlık gibi şartların şekilsel uygulanması daha az tartışılmaktadır.

Bağımsız YK üyeleri için şekilsel uygulamayı engellemek ise nitelik belirleyici kurallar arasında en zor olanıdır¹¹⁹. Bağımsız YK üyesi atanmasında sık görülen bir durum ise şeklen bağımsızlık kriterlerini taşımasına rağmen aslında YK üyesinden beklenen niteliklere sahip olmayan üyelerin atanmasıdır¹²⁰. Bu nedenle bağımsızlık tanımı birçok düzenlemede çok detaylı şekilde yapılmıştır. Örneğin Türkiye’de KYT’de bağımsızlık kriterleri detaylı şekilde düzenlenmiştir¹²¹.

Şekilsel uygulama açısından diğer bir sorun ise aynı kişinin şekilsellik sağlanması için çok sayıda şirket tarafından YK üyesi olarak atanması halidir. Uygulamada bir kişi çok sayıda şirkette YK üyesi olabilmekte ve istenilen hedefe ulaşmasında sorun çıkarmaktadır. Norveç’te Kadın YK zorunluluğunun getirilmesinden sonra bazı kadın üyelerin çok sayıda şirkette YK üyesi atandığı gözlemlenmiştir. Bu durum medyada altın etek (*golden skirt*) olarak adlandırılmıştır. Şöyle ki bu üye kadın YK üyesi olma niteliğini taşımasına rağmen düzenlemenin asıl hedefi olan kadınların üst düzeyde şirket işlerine katılımını artırmak açısından bir fayda sağlamamıştır¹²². Bu durum kuralın ilk zorunlu olduğu dönemde görülmek ile birlikte sonrasında azalmıştır.¹²³ Aynı durum bağımsız YK üyelikleri açısından da

¹¹⁸ İşçi temsilcisine ilişkin detaylı istatistiki bilgi için bkz. <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Countries/Germany/Board-level-Representation2>.

¹¹⁹ Bağımsızlık kriterlerindeki farklılıklar için bkz.

<http://www.readingpdf.com/owners/non-executive-directors-in-europe-2013-hay-group-hay-> s. 11 vd.

¹²⁰ Bağımsızlık kriterlerine ilişkin bkz. Ofo, Nat, “Subjecting the Yardsticks for Determining the Independence of Independent Directors to Independent Inquisition” 2011, <http://ssrn.com/abstract=1751458>; Brown, J. Robert, “Comment Letters: The Definition of Independent Directors Under the Listing Rules of the Stock Exchanges” , U Denver Legal Studies Research Paper No. 12-44, 2012, <http://ssrn.com/abstract=2169539> ; Ong, Allan Verman Yap, “Minimum Requirements for True 'Independence' for Independent Directors: Learning from the Chinese System”, 2010, <http://ssrn.com/abstract=1581229>.

¹²¹ Odman Boztosun, s. 58 vd.

¹²² Fransa’daki şekilsel uygulama örnekleri için bkz. <http://blogs.ft.com/women-at-the-top/2011/12/12/glass-ceilings-starting-to-crack-in-europe/#axzz2fFyxImA1>.

¹²³ Bkz. Choudhury, s. 9; Haberler için bkz.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

söz konusu olabilecektir. Bu sorunun çözümü için Türkiye’de bir kişinin bağımsız YK üyesi olarak üye olabileceği şirket sayısını sınırlandırmış olup SPK kurumsal yönetim ilkeleri bağımsız YK üyeleri açısından en fazla 5 şirketin YK’sında yer alınabilmesi şeklinde sınırlandırma yapmıştır¹²⁴.

VI. YK SEÇİMİNDE ZORUNLULUK İÇEREN KURALLARIN HUKUKA UYGUNLUĞU TARTIŞMASI

YK üyeliği için nitelik belirlemek bu nitelikte üye bulundurulmasının zorunluluk unsuru içermesi halleri hukuka uygunluk tartışmalarını da beraberinde getirmektedir. YK’da belirli nitelikleri taşıyan üye bulunmasına ilişkin kuralların temel haklara ve anayasal ilkelere aykırılık teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi gereklidir. Bu nedenle özellikle sosyal gerekçelere dayanarak yapılan müdahalelerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması, eşitlik, sosyal devlet, pozitif ayrımcılık temelli anayasal ilkelere uygunluk açısından incelenmesi uygun olacaktır. Diğer taraftan kuralların anayasal ilkelere aykırı olmadığı kabul edildiği durumlarda ise yine kuralların kanunilik ilkesi açısından değerlendirilmesi gereklidir. Çünkü temel hak ve özgürlükler ancak kanun yolu ile sınırlandırılabilir. Bu durumda idarenin YK üyelerinin niteliğini belirlemede müdahale edici uygulamaları anayasaya uygunluk ve kanunilik ilkeleri açısından sorgulanacaktır. Ayrıca uygulama esaslarının belirlenmesinde idareye bırakılacak takdir hakkının sınırı, kuralların hukuka uygunluğunda sorun çıkmaması için, dikkatlice değerlendirilmesi gereken bir diğer önemli konudur.

A. Temel Haklar Açısından Değerlendirme

Özel mülkiyetin farklı görünümlerinden birisi olan pay sahipliğinden kaynaklı hakların sınırlandırılması anayasal tartışmaları kaçınılmaz olarak doğurmaktadır. Pay sahipliği hakkı mülkiyet hakkının devamı olan bir hak olduğu için¹²⁵, pay sahibinin YK üyesi seçim hakkını sınırlamak mülkiyet hakkını sınırlandırdığı için anayasaya aykırı olduğu tartışılabilir. Bu

<http://sciencenordic.com/goldenfill-board-rooms> ve http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/exchange_of_good_practice_no/no_discussion_paper_no_2012_en.pdf.

¹²⁴ KYİ 4.3.6.; Eroğlu s. 57.

¹²⁵ Cahn, Andreas, Donald, David C., Comparative Company Law, Cambridge University Press, 2010, s. 261.

durum özellikle tüm müdahalelerdeki en temel tartışma olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında cinsiyet temelli oran belirlemede eşitlik ilkesi açısından tartışmalar sürmektedir. Müdahalenin gerekli olup olmadığı eğer gerekli ise getirilen müdahale kurallarının ölçülü bir düzenleme olup olmadığı da tartışılmaktadır. Müdahale için ekonomik alanın düzenlenmesi, sosyal haklar ve pozitif ayrımcılık gibi haklı anayasal gerekçelerin varlığının kabul edildiği durumlarda ise yine yapılan tüm müdahalelerin ölçülülük esasına göre değerlendirilmesi de gerekecektir.

Bu tartışmaların en önemlilerinden birisi Almanya’da işçi temsilcisi-ni zorunlu tutan kurallar sonrasında yapılmıştır ve bu tartışmalar sonucunda ise Alman mahkemeleri bu hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır¹²⁶. Diğer taraftan Fransa’da ise pozitif ayrımcılığa sadece politika alanında izin veriliyor olmasından dolayı şirketlerde kadın YK üyesi kotasına ilişkin düzenlemede anayasal zemini oluşturmak için 2008 yılında Fransa Anayasasında gerekli değişiklikleri yapmak zorunda kalmıştır¹²⁷. AB ülkelerinde gerek işçi temsilcisine ilişkin kuralların getirilmesi gerekse kadın YK üyelerinin zorunlu tutulmasına ilişkin kuralların getirilmesinin Avrupa mevzuatına aykırılık teşkil edip etmediği tartışmaları da yine anayasal tartışmalarla benzerlik içermektedir. AB mahkemeleri işçi temsilciliğinin AB mevzuatına aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir¹²⁸. Tüm tartışmalar değerlendirildiğinde görülecektir ki, ölçülülük ilkesine uyulmak kaydıyla YK üyesi niteliğinin belirlenmesinde zorunluluk içeren kuralların anayasal ilkelere aykırı olmadığı değerlendirilebilir.

Türkiye açısından bir değerlendirme yapılması durumunda ise görülecektir ki, Anayasa’nın üç maddesi bu hususla doğrudan alakalıdır. İlk olarak “temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13. madde: “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine*

¹²⁶ Jean J. du Plessis ·Bernhard Großfeld Claus Luttermann Ingo Saenger Otto Sandrock German Corporate Governance in International and EuropeanContext (Springer, 2008), s. 123.

¹²⁷ Detaylar için bkz. <http://www.paulhastings.com/genderparity/countries/france.html>

¹²⁸ Bu konuda tartışmalar için bkz. Jean J. du Plessis ·Bernhard Großfeld Claus Luttermann Ingo Saenger Otto Sandrock German Corporate Governance in International and EuropeanContext (Springer, 2008), s. 140 vd.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

aykırı olamaz.” İkinci olarak ise “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10’uncu madde: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürllüleri, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” Ayrıca ekonomik alanı düzenlemek ile ilgili Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi başlıklı 167’nci maddesi “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” hükümlerini içermektedir. Tüm bu hükümlerin değerlendirilmesi sonucunda haklı gerekçelere dayandırılması ve ölçülü olması kaydı ile devletin şirket YK’larında bulunacak üyelere ilişkin gerek ekonomik gerekçeler ile gerekse sosyal gerekçeler ile müdahalelerde bulunması ve pozitif ayrımcılık içerecek kurallar koyması Anayasa’da korunan temel hakların sınırlandırılması olarak değerlendirilmeyecektir. Fakat bu kurallar ölçülülük esasına göre konmalı ve hukuk sistemi içerisindeki tüm kurallar ile uygunluk içerisinde olmalıdır. Örneğin, tüm anonim şirket YK’ları için getirilen üniversite mezunu olma şartı ve temsile yetkili bir YK üyesinin Türk vatandaşı olma şartı anayasal ilkelere ve Türkiye’nin imzaladığı uluslararası anlaşmalara uygunluk açısından sorun çıkaracak nitelikteydi.

B. Kanunilik İlkesi ve İdarenin Takdir Yetkisi Açısından Değerlendirme

Anayasal uygunluk kriteri sağlandıktan sonra temel haklara müdahale olduğu düşünülen YK üye niteliğine ilişkin kural koyma hallerinin kanunilik ilkesini de sağlaması gereklidir. Şöyle ki temel hakların ölçülü sınırlandırılması gerektiği için bu tür sınırlandırmaların kanun ile getirilmesi gereklidir. Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde YK üyeliğine müdahale eden kurallar temel olarak kanun ile getirilmektedir. Türkiye’de ise yine kanunilik ilkesine uyum sağlama konusunda bir hassasiyet olduğu iddia edilebilir.

Örneğin, Türkiye’de eğitim şartı ve vatandaşlık şartına ilişkin kurallar direkt olarak TTK’da yer almıştı.

Diğer taraftan uygulamaya yönelik esasların belirlenmesinde düzenleyici otoritelere yetki verilebilecektir. İdareye bırakılacak düzenleme yetkisi ise ancak devrin ölçülü olması ilkesine de uyarak sınırları belirlenmiş şekilde devredilebilir. İdareye yetki verilmesi durumunda bu yetkiye dayanarak alt mevzuat çıkararak düzenleme yoluna gidilecektir. Bu durumda hangi idarenin yetkilendirildiği ve yetkilerinin sınırlarının neler olduğu ana tartışma konusu olacaktır. Örneğin, SPK yerine Borsa İstanbul’un YK üyelerinin niteliklerinin belirlenmesinde bir düzenleme yapma yetkisinin olup olmadığı tartışma konusu yapılabilecektir.

Türkiye’de örnek olarak bağımsız YK üyelerine ilişkin kuralları alacak olursak SerPK’da SPK’ya kurumsal yönetim ilkelerini düzenlemesi konusunda yetki verilmiştir. SerPK’nın 17’inci maddesi ve TTK 1529’uncu maddeleri yetkilendirme maddeleri olarak incelenmelidir. SerPK Kurumsal Yönetim İlkeleri başlıklı 17’nci maddesine göre: “(1) Halka açık ortaklıklarda kurumsal yönetim ilkeleri ile kurumsal yönetim uyum raporlarının içeriğine, yayımlanmasına, ortaklıkların kurumsal yönetim ilkelerine uyumlarının derecelendirilmesine ve bağımsız yönetim kurulu üyeliklerine ilişkin usul ve esaslar Kurulca belirlenir. Kurul bu yetkilerini halka açık şirketler arasında haksız rekabet ile sonuçlanmayacak şekilde ve eşit koşullardaki şirketlere eşit kuralların uygulanması prensibini göz önünde bulundurarak kullanır. (2) Kurul, payları borsada işlem gören halka açık ortaklıkların, niteliklerine göre, kurumsal yönetim ilkelerine kısmen veya tamamen uymalarını zorunlu tutmaya, buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye, verilen süre içinde uyum zorunluluğunun yerine getirilmemesi hâlinde uyum zorunluluğunun yerine getirilmesini sağlayacak kararları almaya ve buna ilişkin işlemleri resen yapmaya, herhangi bir süre vermemiş olsa dahi uyum zorunluluğuna aykırı işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir istemeye, dava açmaya, açılan davada uyum zorunluluğunun yerine getirilmesi sonucunu doğuracak şekilde karar alınmasını istemeye, bu işlemlerin yerine getirilmesine ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.” TTK’nın 1529’uncu maddesine göre: “(1) Halka açık anonim şirketlerde kurumsal yönetim ilkeleri, yönetim kurulunun buna ilişkin açıklamasının esasları ve şirketlerin bu yönden derecelendirme ku-

ral ve sonuçları Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenir. (2) Sermaye Piyasası Kurulunun uygun görüşü alınmak şartıyla, diğer kamu kurum ve kuruluşları, sadece kendi alanları için geçerli olabilecek kurumsal yönetim ilkeleriyle ilgili, ayrıntıya ilişkin sınırlı düzenlemeler yapabilirler.” Yetkilendirmeye ilişkin bu maddelerde temel tartışma SPK’nın aldığı kurumsal yönetim ile ilgili uygulama usul ve esaslarını belirleme ve bağımsız YK üyelere ilişkin kapsamdaki şirketler, oran, yaptırımlar uygulama yetkisine dayanarak gerekli alt düzenlemeyi yapabilecek olmasıdır.

Yukarıdaki maddeler ışığında SPK’nın kadın YK üyesi atanmasına ilişkin düzenlemeler yapıp yapamayacağı hususu tartışılabilir. İlgili maddeler bağımsız YK üyeliğinden bahsetmek ile birlikte kadın YK üyesinden bahsetmemektedir. Zira SPK’nın kanundan kaynaklı bir yetkisi olmadan böyle bir oran belirlemesi kanuna aykırı bir durum yaratabilecektir. Nitekim SPK’nın yetkisi olmadan kanunla yapılması gereken bir sınırlamanın tebliğ ile yapılması durumunda bunun mahkemeler tarafından iptal edilmesi ihtimali değerlendirilmelidir. Diğer taraftan ise kurumsal yönetim ilkelelerini düzenleme yetkisinin aynı zamanda bir kurumsal yönetim sorunu olarak görülen YK çeşitliliği ve dolayısı ile kadın YK üyesi eksikliğine ilişkin kural koyma ve yaptırım uygulama yetkisini de içerdiği yorumu da yapılabilir.

VII. YK ÜYELERİNİN NİTELİĞİNE İLİŞKİN KURALLARA UYULMAMASI HALİNDE UYGULANACAK YAPTIRIMLAR

Bu bölümde YK üyeliklerine ilişkin getirilen kuralların uygulanması ve uygulamaya yönelik sorunların değerlendirilmesi yapılacaktır. Bir kuralın yaptırıma bağlanması çok çeşitli şekillerde kendini gösterebilmektedir. Bu nedenle kuralın belirlenmesi aşamasında önemli hususlardan birisi de yaptırım konusunda nasıl bir yaklaşım sergileneceğidir. Daha önce de bahsettiğimiz gibi yumuşak hukuk kurallarının yeterli olmadığı durumlarda yaptırıma bağlanmış hukuk kuralları getirilmektedir. İşte bu kuralların etkili olabilmeleri için çeşitli yaptırımlarla desteklenmeleri gerekecektir. Fakat yaptırımlar belirlenirken denge unsurunun sağlanması da önemli bir gerekliliktir. Diğer taraftan sadece bir değil birçok yaptırım bir arada kullanılabilir. Yaptırımlara ilişkin karma bir model oluşturulması sık uygulanan bir sistemdir. Yaptırımların ağırlığı açısından bakıldığında basit mali yaptırımlardan başlayarak, şirketin feshine kadar giden çok geniş bir yelpazenin

varlığı gözlemlenmektedir. Bu aşamada örnekler üzerinden değerlendirmelerde bulunacağız.

Norveç cinsiyet temelli YK üyesine ilişkin kural koyarken kurala uymayan şirketin fesih olacağı şeklinde çok ağır bir yaptırım uygulamayı hedef almıştır¹²⁹. Fesih yaptırımı için öncelikle uyarı ve idari para cezaları uygulanmakta en son aşamada fesih yaptırımı uygulanmaktadır¹³⁰. Aslında fesih yaptırımı genel olarak tercih edilmemekte ve bu yaptırıma istisnai olarak karşılaşılmakta ve şirketin ekonomik devamı esas olduğu için özellikle belirlenen nitelikte YK üyesinin noksanlığı gibi görece hafif bir ihlal için tercih edilmemektedir.

Diğer taraftan kurallara uygun YK'nın oluşmaması durumunda YK'nın seçilmemiş sayılması söz konusu dahi olabilir. Bu durumda YK yok hükmünde olup karar alamayacaktır. Burada genel prensip tüm YK'nın yok sayılması ve gerekli uyum sağlanana kadar YK'nın yok hükmünde olmasıdır. Sonuç olarak şirketler organ yokluğu sonucunu doğuracak yaptırımlar ile karşılaşılabilir¹³¹. YK'nın seçilmemiş sayılması organ yokluğu sonucunu doğuracak ve bu durum şirketin feshi sebebi sayılabilecektir¹³². Diğer taraftan ise tüm YK yerine nitelikli üye yerine seçilmiş üyelerin seçilmemiş sayılması durumu da söz konusu olabilecektir. Tüm YK'yı yok saymak yerine sadece kurala uymayan üyelerin seçilmemiş sayılması daha uygun olabilir. Ama bu tür bir ayırım yapmak zor olacağı için uygulamada sorunlar çıkabilecektir.

Gerekli niteliklere sahip YK üyesi atanmaması durumunda kamu otoritesinin atama yetkisi kazanması da diğer önemli bir yaptırım olarak değerlendirilebilir. Bu yaptırım özellikle düzenlenmiş piyasalarda uygulanması kolay bir yaptırımdır. Örneğin, KYT gereğince SPK bağımsız YK üyeliğine ilişkin kurallara uyulmaması durumunda müdahale ederek direkt atama yapabilir. Bu kural Türkcell için uygulanmıştır¹³³. Bu durumda ge-

¹²⁹ Sjäffjell, s.5 vd.

¹³⁰ Choudhury, s. 9 vd.

¹³¹ Böckli/Davies/Ferran/Ferrari/GarridoGarcia/Hopt/Pietrancosta/Pistor/Roth/Skog/Soltysinski/Winter/Wymeersch, s. 9 vd.

¹³² TTK m. 530 hükmünde organların eksikliği şirketin feshine sebep olacak özel hallerden birisi olarak düzenlemiştir.

¹³³ SPK tarafından 2013 yılında bu yaptırım Turkcell hakkında uygulanmıştır: SPK açıklaması şu şekildedir: “Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ”i ile belirlenen Kurumsal Yönetim İlkelerine uyum amacıyla, bağımsız YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

rekli şartları sağlayacak kadar üye atanması yeterli olacaktır. SPK'nın genel kurul yerine atama yapması yaptırımı otoritelerin aşırı müdahalesi olarak değerlendirilebilecek bir durum olmak ile birlikte kuralın uygulanması açısından etkin bir yaptırım olduğu değerlendirilebilir.

Şirketlerin organlarına müdahale edici yaptırımların uygulanmak istenmemesi durumunda düzenleyici otoriteler tarafından uygulanacak idari yaptırımlar da şirketlerin kurula uyması için kullanılabilir. Burada özellikle idari para cezası uygulanması veyahut diğer idari tedbirlerin uygulanması öngörülebilir. Şirketlere getirilen ve kamu kurumlarınca yerine getirilecek diğer tüm denetleme ve yaptırım uygulama halleri uygun olduğu ölçüde burada da uygulanacaktır. Örneğin borsa şirketlerinde uygulanabilecek bir yaptırım türü ise borsa kotundan çıkarılması olabilecektir¹³⁴.

Yaptırımlar konusunda diğer bazı yaratıcı uygulamalar söz konusu olabilecektir. Sorumlu YK üyelerinin ücretlerinde de kısıntıya gidilmesi söz konusu olabilecektir. Yine bazı ülkelerde kadın YK üyesi şartlarını sağlamayan şirketler için kamu teşviklerinden yararlanamamak, ihalelere girememek gibi yaptırımlar söz konusu olabilir¹³⁵.

Tüm bu uygulamalar arasında kamuyu aydınlatma yükümlülüğüne özel yer verilmektedir. Gerekli atamaları yapmayan şirketlerin kamuya açıklanması ya da şirketten gerekli açıklama yapmasının istenmesi bir özel yaptırım hali olarak öngörülebilir¹³⁶. Bu yaptırım yukarıda yumuşak hukuk

yönetim kurulu üye atanması ile esas sözleşme değişikliklerini yapmamış olması, söz konusu gerekliliklerin yerine getirilebilmesi için Şirket'e gerekli sürenin verilmiş, bilgilendirme ve uyarı yazılarının gönderilmiş olmasına karşın Şirket tarafından gerekli yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması nedeniyle, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca, Kurumsal Yönetim İlkelerinden bağımsız yönetim kurulu üyesi seçimine ilişkin uyum zorunluluğunun yerine getirilmesini teminen; Şirket'in yönetim kurulu üyelerinden Mehmet Bülent ERGİN, Tero Erkki KIVI-SAARI ve Oleg Adolfoviç MALIS'in 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 17. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yönetim kurulu üyeliği görevinden alınarak yerlerine Ahmet AKÇA, Atilla KOÇ ve Mehmet Hilmi GÜLER'in atanmasına..." <http://spk.gov.tr/u/?u=a412cfd>.

¹³⁴Böckli/Davies/Ferran/Ferrari/GarridoGarcia/Hopt/Pietrancosta/Pistor/Roth/Skog/Soltysinski/Winter/Wymeersc, s. 4 vd.

¹³⁵ Fransa ve İspanya kadın YK üyesi atanması kuralına uymayan şirketlerin kamu ihalelerine girmesini yasaklamıştır.

¹³⁶Böckli/Davies/Ferran/Ferrari/GarridoGarcia/Hopt/Pietrancosta/Pistor/Roth/Skog/Soltysinski/Winter/Wymeersc, s. 9.

kurallarını incelerken detaylı olarak bahsettiğimiz üzere aslında tek başına kuralın yaptırıma bağlanmış olduğu sonucunu doğurmayacaktır; daha çok diğer yaptırımların uygulanmasını kolaylaştıracak nitelikte bir kuraldır. Fakat yaptırım kamuyu aydınlatmanın yapılmaması veya yanlış yapılması halinde söz konusu olacaktır.

Bazı durumlarda kural şirketler hukukunun bir parçası olarak öngörülme ile birlikte özel bir yaptırım öngörülmemiş olması söz konusu olabilmektedir. Örneğin TTK'nın ilk halinde yer alan üniversite mezunu olma şartı için özel bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu durumda şirketler hukukundan kaynaklı araçlar kullanılarak şirketlerin kuralara uyması zorlanabilecektir. Bu durumda şirketin kanunda gerekli şartlara uymaması durumunda YK atanmasına ilişkin genel kurul kararının sicile tescil edilmemesi gerektiği iddia edilebilecektir¹³⁷. Karşılaştırmalı hukuk açısından da benzer uygulamalar söz konusudur. Örneğin Norveç kadın YK üyesi atanmaması durumunda tescil yapılmayacağı yönünde değerlendirme yapmıştır¹³⁸.

¹³⁷ Bilge, Mehmet Emin, Ticaret Sicili, İstanbul, 1999, s.51; Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2013, s.250; Karahan, Sami, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2014 s.122-123; Poroy, Reha, Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2012, s.211; 11. HD. 29.11.1985, E.5322, K.6571: *“Ticaret sicil memuru, tescili istenilen vakıaların tescili için kanunun emredici hükümlerine ve tüzüğe aykırı bulunup bulunmadığını resen araştırmakla yükümlüdür.”* (Eriş, Gönen, Gerekeçeli-Açıklamalı-İçtihatlı 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C.1, Madde 1-556, Ankara 2013, s.1297-1299). Arkan, s.250; Karahan, s. 122; 11. HD. 4.2.1983, E. 322, K. 453: *“...sicil memurları, kanun ve nizamnamenin derpiş ettiği bütün şartların yerine getirilmiş olup olmadığını re'sen araştırır. Bu hükümler karşısında ticaret sicil memurunun, anonim şirket genel kurulunda toplantı ve karar nisabına uyulup uyulmadığını re'sen araştırması görev ve yetkisinin icabı olduğundan bu hususa yönelik karar düzeltilmesi itirazı da isabetli bulunmamıştır.”*; 11. HD. 24.4.1989, E. 1988/9611, K. 1989/2486: *“Ticaret Sicil Memurları,...kanuni şartların mevcut olup olmadığını tescil sırasında incelemekle mükellef iseler de, memurların bu yetkisi, emredici hükümlere aykırılık olup olmadığı hususuyla sınırlı bulunmaktadır. Bunun dışında iptal davasına konu teşkil edecek aykırılıklar bakımından sicil memurlarının resen hareketle tescilden imtina etmeleri bahse konu değildir. İlgili şahıslarca bir iptal davası açılmadığına göre, Ticaret Sicil Memuru tarafından genel kurul kararının tescili talebinin reddedilmesi doğru bulunmadığından davanın kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetli olmadığından kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.”* (www.legalbank.net) (Erişim Tarihi 13.10.2014).

¹³⁸ Sjåffjell, s. 5 vd.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Tüm bu yaptırımlar ile birlikte diğer şirketler hukuku araçları kullanılarak şirketlerin kurallara uyması yönünde bir baskı oluşturulabilecektir. Örneğin şirketin niteliklere uygun YK üyesi atamaması durumunda pay sahipleri kanundan kaynaklı haklarını kullanarak gerekli uyum sağlanması için zorlama sağlayabilecektir. Örneğin şirket ana sözleşmesinde YK üyelerinin niteliklerinin belirlenmiş olması olasılığında bu niteliklere sahip olmayan kişilerin seçilmesi halinde ya da belli pay gruplarına YK üyesi seçme ya da önerme hakkının tanınmış olması ve haklı bir sebep bulunmaksızın bu kişilerin seçilmemesi durumunda YK üyelerinin seçimine ilişkin GK kararının hükümsüzlüğü ya da iptali gündeme gelebilecektir (bkz. TTK m. 445, TTK m. 360)

Sonuç olarak yaptırımların belirlenmesinde düzenleme yapısının düzenlemenin amaca ulaşması için gerekli zorlayıcı faktörleri içermesi fakat şirketlerin ekonomik varlığını da tehdit edecek kadar ağır olmaması gerekir. Özellikle ekonomik ve sosyal gerekçelerle YK üyesi niteliği belirlendiği için her bir kural için o kuralın uygulanmasını sağlayacak yaptırımın belirlenmesi uygun olacaktır. Yine yumuşak hukuk kuralları ile istenilen hedefe ulaşılabiliyorsa özel bir yaptırım belirlenmesine dahi gerek yoktur.

SONUÇ

Anonim şirketlerde YK üyelerinde çeşitlilik sağlanması amacı ile YK üyelerinin belirli nitelik taşıması gerektiğine ilişkin kurallar prensip olarak (bazı istisnalar dışında) genel kurulların YK seçimine ilişkin haklarını kısıtlamamaktadır. Genel kurullar seçimlerini yapabilmekte ve istedikleri adayı seçebilmektedirler. Fakat genel kurul değerlendirmesini yaparken belirli kıstaslara uyan adaylar arasından bir seçim yapma yükümü altına girmektedir.

Her ne kadar her bir nitelik belirleyici kural kendi içinde bir haklı gerekçeye dayandırılrsa da bu uygulamaların yaygınlaşması şirketlerin toplumsal rollerini tekrar tartışmaya açmaktadır. YK üyesi niteliğine ilişkin müdahaleler yaygınlaştıkça şirketlerin aslında bir sosyal kurum olduğu tartışması daha da baskın hale gelmeye başlamaktadır. Bu da aslında şirketlerin sosyal sorumlulukları ve şirketlerin amacı nedir tartışmaları ile paralel bir tartışmanın daha da baskın şekilde belirmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenlerle YK üyelerinin hangi nitelikte olması gerektiğine ilişkin tartışmaların artarak devam edeceği iddia edilebilecektir.

KAYNAKÇA

Adams, Renee B., Gray, Stephen and Nowland, John. ‘Does Gender Matter in the Boardroom? Evidence from the Market Reaction to Mandatory New Director Announcements’, 2011. Available at SSRN <http://ssrn.com/abstract=1953152>

Alstott, Anne. “Gender Quotas for Corporate Boards: Options for Legal Design in the United States”, Yale Law School, Public Law Research Paper No. 489. 2013, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2360253>.

Andersson, Jan Bertil. “Evolution of Company Law, Corporate Governance Codes and the Principle of Comply or Explain - A Critical Review”, Published in The European Financial Market in Transition, Hanne Birkmose, Mette Neville & Karsten Engsig Sørensen (eds.), Kluwer Law International, 2011, Nordic & European Company Law Working Paper No. 10-19. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1869916>

Ararat, Melsa. “"Comply or explain" without consequences: the case of Turkey”, Handbook on International Corporate Governance, Mallin, Christine A. (ed.), Cheltenham-UK, Northampton- USA, Edward Elgar, 2011, pp. 355-370.

Ararat, Melsa, Yurtoğlu, Besim Burçin. “Sermaye Piyasası Kurulu'nun 'kurumsal yönetim' konulu tebliğleri ile ilgili genel değerlendirme ve yorum”, Sabancı Üniversitesi Kurumsal Yönetim Forumu Working Paper Series No: CGFT---WP---2012.01 tarih: 22.02.2012 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2040376 (15.02.2014 tarihinde erişilmiştir.).

Arcot, Sridhar, Bruno, Valentina and Faure-Grimaud, Antoine. “Corporate Governance in the UK: Is the Comply or Explain Approach Working?”, International Review of Law and Economics, Forthcoming. 2009, <http://ssrn.com/abstract=1532290>

Arkan, Sabih. Ticari İşletme Hukuku. Ankara 2013.

Bahtiyar, Mehmet. Ortaklıklar Hukuku. İstanbul, 2014.

Bahtiyar, Mehmet. 6335 Sayılı Kanun İle Yeni TTK’da Yapılan Değişiklikler ve İşletmeler/ Şirketler için TTK’ya Uyum Takvimi. İstanbul, 2012.

Belcredi, Massimo and Guido Ferrarini. “Corporate boards, Incentive Pay and Shareholder Activism in Europe: Main Issues and Policy Pers-

pectives”, in Massimo Belcredi and Guido Ferrarini, eds., *Boards and Shareholders in European Listed Companies*. Cambridge:Cambridge University Press, 2013, pp. 1-67.

Bianchi, Marcello, Ciavarella, Angela, Novembre, Valerio and Signoretti, Rossella. “Comply or Explain? Investor Protection Through Corporate Governance Codes”, ECGI - Finance Working Paper No. 278/2010, <http://ssrn.com/abstract=1581350>

Bilge, Mehmet Emin. Ticaret Sicili. İstanbul, 1999.

Böckli, Peter, Davies, Paul L., Ferran, Eilis, Ferrarini, Guido A., Garrido Garcia, José M., Hopt, Klaus J., Pietrancosta, Alain, Pistor, Katharina, Roth, Markus, Skog, Rolf , Soltysinski, Stanislaw, Winter, Jaap W. and Wymeersch, Eddy, “Making Corporate Governance Codes More Effective: A Response to the European Commission's Action Plan of December 2012”, Oxford Legal Studies Research Paper No. 56/2014. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2366273>

Bøhren, Øyvind and Staubo, Siv, “Does Mandatory Gender Balance Work? Changing Organizational Form to Avoid Board Upheaval”, *Journal of Corporate Finance*, 2013, Forthcoming. Available at SSRN <http://ssrn.com/abstract=2257769>

Bøhren, Øyvind and Strøm, R. Øystein. “Governance and Politics: Regulating Independence and Diversity in the Board Room”, *Journal of Business Finance and Accounting*. 37, 2010, 1281–1307. Available at SSRN <http://ssrn.com/abstract=2257734>

Brown, J. Robert. “Comment Letters: The Definition of Independent Directors Under the Listing Rules of the Stock Exchanges” , U Denver Legal Studies Research Paper No. 12-44, 2012, <http://ssrn.com/abstract=2169539>

Cahn, Andreas, Donald, David C.. *Comparative Company Law*. Cambridge University Press, 2010.

Cheffins, Brian R.. “The Corporate Governance Movement, Banks and the Financial Crisis”, European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 232/2014; University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 56/2013. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2365738> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2365738>

Choudhury, Barnali. “Gender Diversity on Boards: Beyond Quotas”, *European Business Law Review*. 2015, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2442040>.

Davies, Paul L. and Klaus J. Hopt. “Corporate Boards in Europe – Accountability and Convergence”, *American Journal Comparative Law*. 61, 2013.

Eroğlu, Muzaffer. “Payları Borsada İşlem Gören Halka Açık Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yeni Sistem”, *Legal Hukuk Dergisi*. S. 136, 2014.

Fauver, L. and Fuerst, M.E.. “Does Good Corporate Governance Include Employee Representation? Evidence from German Corporate Boards”, *Journal of Financial Economics*. 82, 2006, pp. 673-710.

Ferrarini, Guido A. and Filippelli, Marilena. “Independent Directors and Controlling Shareholders Around the World”, *European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 258/2014*. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2443786>

Gersen, Jacob E. and Posner, Eric A.. “Soft Law”, *Stanford Law Review*, Forthcoming; U of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 213. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1113537>

Hertig, Gerard. “On-Going Board Reforms: One-Size-Fits-All and Regulatory Capture”, *ECGI - Law Working Paper No. 25/2005*, 2005, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=676417>

Hopt, Klaus J.. “Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance after Enron, After Enron, Improving Corporate Law And Modernising Securities Regulation in Europe and The U.S.”, *Oxford (Hart)*, 2006, pp. 445-496, <http://ssrn.com/abstract=356102>

Hopt, Klaus J. and Leyens, Patrick C.. “Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy”. *ECGI - Law Working Paper No. 18/2004*; Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=487944>

Hyland, Richard, *GIFTS, A Study in Comparative Law*, Oxford, 2009

Jackson, Gregory, “Employee Representation in the Board Compared: A Fuzzy Sets Analysis of Corporate Governance, Unionism, and Poli-

tical Institutions”, *Industrielle Beziehungen*. Vol. 12, No. 3, 2005. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=800525>.

Karahan, Sami. *Ticari İşletme Hukuku*, Konya, 2014.

Kelsen Hans, *General Theory of Law and State*, 3. Baskı, New Jersey, 2009

Kenneth R. Ahern and Amy K. Dittmar. “The Changing of the Boards: The Impact on Firm Valuation of Mandated Female Board Representation”, *Quarterly Journal of Economics*. 127(1), 2012, 137–197. Available at SSRN <<http://ssrn.com/abstract=1364470>>

Kırca, İsmail, Şehirali Çelik, Feyzan Hayal, Manavgat, Çağlar. *Anonim Şirketler Hukuku*. C.1, Ankara, 2013.

Krivogorsky, Victoria. “Ownership, Board Structure, and Performance in Continental Europe”, *International Journal of Accounting*. 41, 2006, pp. 76-97.

Lückerath-Rovers, Mijntje. ‘A Comparison of Gender Diversity in the Codes of France, Germany, Spain, the Netherlands and the United Kingdom’, 2010. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1585280>>.

Matsa, David A. and Miller, Amalia R.. “A Female Style in Corporate Leadership? Evidence from Quotas”, *American Economic Journal: Applied Economics*, Forthcomin..

Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1636047>.

Nakamura, Nobuo. “Japan – Companies’ Corporate Governance”, in Andreas M. Fleckner and Klaus J. Hopt, eds., *Comparative Corporate Governance: A Functional and International Analysis*, Cambridge:Cambridge University Press, 2013.

Nedelchev, Miroslav. “Good Practices in Corporate Governance: One-Size-Fits-All vs. Comply-or-Explain”, 2013.

Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2347357>.

Nolan, Justine. “The Corporate Responsibility to Respect Rights: Soft Law or Not Law?” (October 4, 2013) in S Deva and D Bilchitz (eds) *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?* Cambridge University Press, (Nov. 2013); UNSW Law Research Paper No. 2013-72.

Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2338356>

Nygaard, Knut. “Forced Board Changes: Evidence from Norway”, NHH Dept. of Economics Discussion Paper/24th Australasian Finance and Banking Conference 2011 Paper.

Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1793227>.

Odman Boztosun, Ayşe. Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Ofo, Nat. “Subjecting the Yardsticks for Determining the Independence of Independent Directors to Independent Inquisition”, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1751458>;

Ong, Allan Verman Yap. “Minimum Requirements for True 'Independence' for Independent Directors: Learning from the Chinese System”, 2010, <http://ssrn.com/abstract=1581229>

Osterloh, Margit, S. Frey, Bruno, Zeitoun, Hossam. “Voluntary Co-Determination Produces Sustainable Competitive Advantage”, https://www.uzh.ch/iou/orga/ssldir/wiki/uploads/Main/osterloh_frey_zeitoun.pdf.

Peng, Mike W.. “Outside Directors and Firm Performance During Institutional Transitions”, Strategic Management Journal. 25, 2004, 453-471.

Poroy, Reha, Tekinalp, Ünal, Çamoğlu, Ersin. Ortaklıklar Hukuku. Yeniden yazılmış 13.Bası, İstanbul, 2014.

Poroy, Reha, Yasaman, Hamdi. Ticari İşletme Hukuku. İstanbul, 2012.

Pulaşlı, Hasan. Şirketler Hukuku Genel Esaslar. 2. Baskı, Ankara, 2013.

Roth, Markus. “Employee Participation, Corporate Governance and the Firm: A Transatlantic View Focused on Occupational Pensions and Co-Determination”, European Business Organization Law Review. Vol. 11, 2010. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1574357>

Schiller A.Arthur, Roman Law, Mechanism of Development, Mouton, 1978.

Schwartz-Ziv, Miriam. “Does the Gender of Directors Matter?”, Edmond J. Safra Working Papers. No. 8, 2013,

Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2257867>

Sergakis, Konstantinos. “EU Corporate Governance: A New Supervisory Mechanism for the ‘Comply or Explain’ Principle?”, *European Company and Financial Law Review*. Vol. 10, No 3, 2013.

Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2365424>

Sharfman, Bernard S. “Enhancing the Efficiency of the Board Decision Making: Lessons Learned from the Financial Crisis of 2008”, *Delaware Journal Corporate Law*. 34, 2009, 813-51.

Sjåfjell, Beate. “Gender Diversity in the Board Room & Its Impacts: Is the Example of Norway a Way Forward?”, Paper presented at International Board Gender Diversity Forum 'Mandatory Gender Quota Legislation: Will Australia Follow Europe?'. October 2014; *Deakin Law Review*, Forthcoming; University of Oslo Faculty of Law Research Paper No. 2014-48. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2536777>.

Sjåfjell, Beate and Anker-Sørensen, Linn. “Directors’ Duties and Corporate Social Responsibility (CSR)”, Hanne Birkmose, Mette Neville & Karsten Engsig Sørensen (eds.), *Boards of directors in European companies – reshaping and harmonising their organisation and duties*. Kluwer Law International, 2013; University of Oslo Faculty of Law, University of Oslo Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series No. 2013-26; *Nordic & European Company Law Working Paper No. 10-40*.

Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2322680>

Slawomitz Stanuch, Rafal Stroinski. “Employee Participation on Companies’ Boards in Poland and Selected CEE Jurisdictions”, *6 European Company Law*. 2009.

Smythe, Donald J.. “Shareholder Democracy and the Economic Purpose of the Corporation”, *Washington and Lee Law Review*. Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=904187>

Tarraf, Hussein. “Literature Review on Corporate Governance and the Recent Financial Crisis”, 2010, <http://ssrn.com/abstract=1731044>.

Trautman, Lawrence J.. ‘Corporate Boardroom Diversity: Why Are We Still Talking About This?’ *The Scholar: St. Mary's Law Review on Race and Social Justice*. 17, 2014,

Available at SSRN <http://ssrn.com/abstract=2047750>

Uğur, Mehmet, Ararat, Melsa. “Does Macroeconomic Performance Affect Corporate Governance: Evidence from Turkey”, *Corporate Governance: An International Review*. Vol.14, No.4, July 2006, pp. 325-348.

Wymeersch, Eddy. “Enforcement of Corporate Governance Codes”, ECGI - Law Working Paper No. 46/2005, <http://ssrn.com/abstract=759364>.

Veltrop, Dennis, de Haan, Jakob. “I Just Cannot Get You Out of My Head: Regulatory Capture of Financial Sector Supervisors”, De Nederlandsche Bank Working Paper No. 410, 2014. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2391123>.

Zehnder, Egon, “2014 European Board Diversity Analysis”, http://www.egonzehnder.com/files/2014_egon_zehnder_european_board_diversity_analysis.pdf

MÜŞTEREK AVARYANIN UNSURLARI HAKKINDA GENEL BİR İNCELEME

(A SYNOPTIC STUDY OF THE ESSENTIAL FEATURES OF GENERAL AVERAGE)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Zuhal ARIÇ¹

ÖZET

Müşterek avarya, deniz sigortasının henüz var olmadığı antik çağlardan günümüze kadar etkinliğini devam ettiren ve deniz yolu taşımacılığındaki yüksek riski belli koşullar çerçevesinde hakkaniyet uyarınca dağıtan en eski ve köklü deniz ticareti kurumlarından birisidir. İşbu çalışmada müşterek avaryanın olmazsa olmaz unsurları hedef alınmış ve bu bağlamda öncelikle hukuksal açıdan tarihsel gelişime daha sonra da günümüzdeki geçerli hukuki yapıya bakılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Müşterek avarya, York-Anvers Kuralları, olağanüstü fedakârlık/masraf, müşterek avaryaya iştirak.

ABSTRACT

General average, which has been in existence since the ancient times, is one of the oldest and most fundamental institutions of maritime commerce, whereby the high risk of sea transport has been spread equitably under certain conditions. This paper, is on the essential elements of general average; its historical development and its current legal structure.

Keywords: *General average, York-Antwerp Rules, extraordinary sacrifice/expenditure, general average contribution.*

¹ Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: zuhal.aric@yeditepe.edu.tr

I. HUKUKSAL AÇIDAN MÜŞTEREK AVARYANIN TARİHSEL GELİŞİMİ

Müşterek avarya kurumunu ulusal sınırların dışına taşıyarak evrenselleştiren üç temel hukuk sistemi vardır- ki bunlar; 1) Kara Avrupası, 2) Anglo-Sakson ve 3) York-Anvers hukuk sistemi'dir. Bu sistemlerin müşterek avaryanın hukuksal devinimde oynadıkları rolü daha iyi anlayabilmek adına, her bir sistem tarihsel süreçleri içinde aşağıda ayrı ayrı ele alınmıştır.

1) Kara Avrupası Hukuk Sistemi

Ülkemizde dahil olmak üzere tüm Kıta Avrupası ülkelerinde ve onların eski sömürgelerinde geçerli olan bu sistem uyarınca, müşterek avarya kurumunun doğuşu ve gelişimi sırasıyla "İlkçağ ve Roma Dönemi", "Ortaçağ ve Yeniçağ Dönemi" ve "Yakınçağ Dönemi" çerçevesinde incelenmiştir. Şöyle ki;

(I) İlkçağ ve Roma Dönemi:

Müşterek avarya hakkındaki ilk yazılı hukuki kaynak Romalılara ait *Digesta*²'da yer alan ve "Rodos hukuk kuralı olarak denize yük atma müşterek avaryasından" bahseden "*de lege Rhodia de Jactu*"³ başlıklı metindir. Her ne kadar *Digesta* MS 533 tarihinde yazılmış olsada, atıfta bulunduğu Rodos hukuku'nun yürürlük dönemi dikkate alındığında müşterek avarya'nın aslen MÖ 900'lü yıllara kadar uzanan bir geçmişi olduğu ortaya çıkmaktadır.⁴ Kaldı ki bir de bazı hukukçuların iddia ettiği gibi "Rodosluların deniz hukukuna ait örf ve teamüllerini Fenikelilerden ve Kartacalılardan aldığı" kabul edilirse⁵, müşterek avarya'nın geçmişinin aslen daha da eskilere, MÖ 1500'lü yıllara, gittiği görülür.

² Bizans imparatoru Justinianos I'in emri üzerine, dönemin adalet bakanı Tribonian başkanlığında on hukuk bilginince İstanbul'da MS 528-534 yılları arasında hazırlanan ve Roma Hukuku'nun kapsamlı bir derlemesi olan *Corpus Juris Civilis*'in dört kitabından bir tanesidir. Bkz. Tetley 2001, s. 5

³ Bkz. *Digesta*, 14. Kitap, 2. Fası, <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D14_Scott.htm#II>; Okay 1959, s.290

⁴ Bkz. Benedict 1909, s.223; Tetley 1999; Tetley 2003; Rose 2005, s.1,dn.3; Hayden/Leland 2010 ve Kurul 2014, s. 528.

⁵ Bkz. Pardessus 1837, 1 Pard. Intr. xxix; Scott 1932 ve Lowndes/Rudolf 1997, s.2 *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

De lege Rhodia de Jactu'ya göre;

• Eğer geminin hafifletilmesi amacıyla denize yük atılmışsa, herkesin menfaati için verilen bu zayıt herkesin iştiraki ile telafi edilirdi.⁶

• Eğer geminin direği veya başka bir ekipmanı ortak bir tehlikeyi bertaraf etmek için denize atılmışsa, bu kayba iştirak şart idi.⁷

• Kaza geçirmiş gemiden mallarını kurtaran tacirler, geminin zarar ve ziyanının tazminine iştirakle yükümlü değillerdi çünkü böylesi bir iştirak, ancak ve sadece, ortak tehlike esnasında ortak çıkarlar gözetilerek denize yük atılmış ve gemi kurtarılmışsa hakkaniyetli addedilirdi. İştirakin hakkaniyetliliği, yük yerine geminin direğinin kesilerek atıldığı hallerde de geçerliydi.⁸

İştirak sözkonusu olduğunda, öncelikle zarar ziyan bedeli hesaplanırdı- ki bu hesaplamada, denize atılan yükün "varma limanında getireceği umut edilen yüksek satış fiyatı" değil "satın alınırkenki gerçek fiyatı" esas alınırdı. Tespit edilen bu zarar ziyan bedeli, daha sonra denize atma eyleminden menfaat sağlayan herkese kurtarılan mallarının değeriyle orantılı bir şekilde paylaştırılırdı- ki bu paylaştırmada, kurtarılanların "satın alınırkenki gerçek fiyatı" değil "varma limanında getireceği olası düşük satış fiyatı" baz alınırdı.⁹ Böylece, hem malı denize atılan tacirin olası fiyat artışından faydalanarak kar elde etmesi, hem de iştirakçilerin olası değer kaybından etkilenerek zarar görmesi engellenmiş olurdu.¹⁰

Roma hukuku, iştirak sorumluluğunu esasen hakkaniyete, ona dair başvuru hakkını ise sözleşmeye dayandırmıştı. Dolayısıyla, malı denize atılan tacirin malları kurtulan tacirlerle arasında herhangi bir sözleşme olmadığından onları direkt olarak dava etmesi mümkün değildi. Ancak, diğer yandan, onun kaptanla arasında istisna akdi niteliğindeki bir taşımacılık sözleşmesi ("*locatio operis faciendi*") vardı- ki bu sözleşme uyarınca, kaptan onun mallarını gözetme/koruma (*custodia*) sorumluluğu altındaydı.

⁶ Bkz. Digesta, 14. Kitap, 2. Fasil, 1. Kısım,

<http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D14_Scott.htm#II>

⁷ Bkz. Digesta, 14. Kitap, 2. Fasil, 3. Kısım,

<http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D14_Scott.htm#II>

⁸ Bkz. Digesta, 14. Kitap, 2. Fasil, 5. Kısım,

<http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D14_Scott.htm#II>

⁹Bkz. Digesta, 14. Kitap, 2. Fasil, 2. Kısım, 4. Fıkra,

<http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D14_Scott.htm#II>

¹⁰ Bkz. Hunter 1803, s.515-516 ve Flanders 1999, s.5

Bu nedenle, malı denize atılan tacir, eğer kurtarılanlar teslim edilmişse, ya (a) custodia sorumluluğunu ihlal ettiği gerekçesiyle kaptana karşı "actio locati" davası açarak zararının tazminini talep ederdi (-işbu dava neticesinde kaptan tazminatı ödemek zorunda kalırsa, "actio conducti" davasıyla malları kurtulan tacirlere rücu etme hakkına sahipti.), ya da (b) malları kurtulan tacirleri iştirak paylarından ötürü kaptan adına dava edebilmek için izin talep ederdi. Kurtarılanların henüz teslim edilmediği hallerde ise, malı denize atılan tacir bu malların iştirak payları ödenene kadar kaptan tarafından elde tutularak tesliminden imtina edilmesini talep edebilirdi.¹¹

(II) Ortaçağ ve Yeniçağ Dönemi:

Romalıların müşterek avarya hakkındaki düzenlemeleri, imparatorluk yıkıldıktan sonra dahi etkisini devam ettirmiş ve Ortaçağ Avrupasının en eski ve önemli deniz hukuku kaynağı olan 1160 tarihli *the Rolls of Oléron*¹², da yer bulmuştur. Denizcilik yargı içtihatlarının toplandığı bu Fransızca kaynak, verdiği emsaller ışığında müşterek avaryanın unsurlarını ve prensiplerini kısaca şu şekilde ortaya koymuştur;

- Kaptan, fırtınada ortak menfaatleri korumak amacıyla denize yük atmadan önce, yükün gemideki tacirlerine danışır; ancak, onların onayını almak zorunda değildir. Kurtarılan yükün değeri üzerinden takdir edilen zarar, tacirler arasında livresi livresine paylaşılır. Kaptan zarara dair payını, ister gemi isterse navlun üzerinden ödeyebilir. Gereken çabayı sarf eden her denizci, bir ton hariç elindeki için zarara iştirak eder. Çaba sarfetmemişse, elindekinin tamamı üzerinden iştirak eder.¹³

- Kaptan, fırtınada ortak menfaatleri korumak amacıyla geminin direğini ve/veya bağlama halatlarını ve/veya çıpasını kesip denize atmadan önce, gemideki yük tacirlerine danışır. Bunların denize atımı durumunda, zarar livresi livresine hesaplanarak tacirler arasında paylaşılır ve yükler gemiden indirilmeden önce gecikmeksizin ödenir.¹⁴

¹¹ Bkz. Hunter 1803, s.516; Berki 1950, s.140 ; Okay 1959, s.290; Türkantos 2007, s. 9-10; Çetingil/Kender/Ünan 2011, s.8 ve Yeşiller 2013.

¹² İşbu kaynak, "Rôles d'Oléron" veya "the Judgments of Oléron" veya "the Rules of Oléron" olarak da bilinmektedir.

¹³ Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s.4 ve the Rolls of Oléron, m. 8.

¹⁴ Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s.4 ve the Rolls of Oléron, m. 9.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

• Gerek deniz adet hukuku gerekse Romalıların yazılı hukuku uyarınca, hem içerdiği unsurlarla birlikte gemi hem de yükün tamamı denize atılana ilişkin zararı livresi livresine paylaşır.¹⁵

Bu the Rolls of Oléron kuralları, sonradan İngilizlerin *the Black Book of Admiralty* (1200 civarı), Norveçlilerin *the Farmannalog* (1276), Baltıklıların *the Maritime Laws of Wisbuy* (1320), Amsterdamlıların *the Ordinance of Amsterdam* (1407) ve Katalonyalıların *the Consolato del Mare* (1494)¹⁶ adlı deniz adet derlemelerine esaslarına dokunulmaksızın dahil edilmiştir.

“Müşterek ve Büyük Avarya” terimi, ilk kez 1671 tarihli *Guidon de la Mer*’de ve daha sonra da bu alandaki ilk kanunlaştırma çalışması olan Fransızların *Ordonnance de la Marine* (1681)’nde kullanılmıştır.¹⁷ Bu kanun, ortak menfaati korumak ve geminin yükü birlikte güvenliğini sağlamak için yapılan olağanüstü masraflar ile uğranılan zararları "müşterek ve büyük avarya" olarak tanımlamış ve bunun hem gemi hem de yük tarafından üstlenilerek tamamının kuruşu kuruşuna karşılanmasını hükme bağlamıştır.¹⁸ Kıta Avrupasında genel kabul gören bu yaklaşım, ya aynen ya da ufak tefek bir takım değişikliklerle, *the Ordinances of Rotterdam* (1721); *of Königsberg* (1730); *of Hamburg* (1731); *of Spain* (1737); *of Amsterdam* (1744, 1756 & 1776); *of Denmark* (1746); *of Sweden* (1750); *of Venice* (1771); *of Russia* (1781) ve *Königlich Preußisches Seerecht von* (1727) (*Prusya Deniz Kanunu*)¹⁹ gibi müteakip kanunlarca benimsenmiştir.

¹⁵ Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s.4 ve the Rolls of Oléron, m. 35.

¹⁶ İşbu derleme, diğerlerinden farklı olarak "tacirin gemide yüke eşlik etmediği hali" düzenlemiş ve böylesi bir durumda kaptanın tacire danışmadan ortak tehlikeyi bertaraf etmek için yükü denize atabileceğini hükme bağlamıştır.

¹⁷ Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s. 8-9.

¹⁸ Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s. 8-9 ve *Ordonnance* (1681), m.7 (f.2-3).

¹⁹ İşbu kanun, müşterek avaryanın tanımında değişiklikler yapmış ve ayrıca barınma olayı dışında müşterek avarya hareketine bağlı boşaltma ve yükleme masraflarını/zararlarını müşterek avaryadan sayarak kapsam genişletmesine gitmiştir. Bkz. Çetingil/Kender/Ünan 2011, s. 10.

(III) Yakınçağ:

1681 tarihli *Ordonnance de la Marine* kökenli müşterek avarya hükümleri zamanın ihtiyaçlarına yetmeyince, hem tanım hem esaslar hem de kapsam bakımından güncellenmek zorunda kalmıştır. Bunun neticesinde, 1794 tarihli *Prusya Genel Kanunu (Allgemeines Preussisches Landrecht)*, 1807 tarihli *Fransız Ticaret Kanunu (the Napoleonic Code de Commerce)*, 1861 tarihli *Alman Ticaret Kanunu (Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch)*, 1881 tarihli *İsviçre Borçlar Kanunu (Das Schweizerische Obligationenrecht)* ve 1897 tarihli *Alman Ticaret Kanunu (Handelsgesetzbuch)* yenililikçi hükümlere yer vermiştir. 20. ve 21. yüzyıllarda yürürlüğe sokulan müteakip kanunlarla, müşterek avarya kurumu daha da ileri seviyelere taşınmış ve en nihayetinde günümüzdeki modern hukuki yapısına kavuşturulmuştur.

Ülkemiz açısından baktığımızda, müşterek avaryanın ilk kez "Hasaratı Umumiye" başlığıyla *Kanunnâme-i Hümayûn-ı Ticaret-i Bahriye* (1864)'de²⁰ düzenlendiğini; daha sonra "Büyük Avarya" başlığıyla 1929 tarihli *Deniz Ticareti Kanununda*²¹ ve en sonunda "Müşterek Avarya" başlığıyla 1956 tarihli 6762 sayılı *Türk Ticaret Kanununda* ve 2011 tarihli yürürlükteki 6102 sayılı *Türk Ticaret Kanununda* yer aldığını görmekteyiz.

2) Anglo-Sakson Hukuk Sistemi

Günümüzde Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, İngiliz Milletler Topluluğu üye ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere birçok ülkede uygulanan bu sistem, menşei itibari ile İngiltere Krallığı'na dayanmaktadır. Dolayısıyla, bu sistemin müşterek avarya'ya ilişkin ilk yazılı kaynakları (ı) 1160 tarihli the Rolls of Oléron kurallarının iktibas edildiği İngilizlerin deniz adet derlemesi olan *the Black Book of Admiralty* (1200 civarı)²² ve (ii) İngiltere Kralı 1. Edward'ın "Cinque limanlarında hangi malların zarara iştirak edeceğini düzenleyen" 1285 tarihli fermanı'dır. Diğer taraftan, İngilizlerin müşterek avarya hakkındaki ilk kayıtlı davası 1590 tarihli *Hicks v. Palington*²³'dir- ki burada, "fırtınada denize

²⁰ İşbu kanun, 1807 tarihli *the Napoleonic Code de Commerce*'in 2. Kitabının çevirisidir.

²¹ İşbu kanun, 1897 tarihli *Alman Ticaret Kanunu*'nun deniz ticaretine ilişkin hükümlerinin tercümesidir.

²² Bkz. yuk. s. 4-5.

²³ 32 Eliz., F. Moore, 297 (1590).

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

atılmış olan yükün zararına hangi malların iştirak edeceği" hususu tartışılmıştır. Yargılama esnasında kara avrupasının the Rolls of Oléron kaidelelerini uygulamaktan imtina eden hakimler, onların yerine *Law Merchant* (İngiltere'deki tacir örf ve adet hukuku) kaidelerini uygulamayı tercih etmişler ve netice itibariyle şu hükme varmışlardır; "Bütün aparatıyla birlikte gemi, kaptanın yüzüğü, denizcilerin erzağı, yemek yapımında kullanılan alet-edavat, mücevherat, kemer, ve varsa kaptanın gümüş içki kadehi, denize atılanın zararına iştiraktan muaf'tır. Ancak, bu sayılanların dışında kalan mallar (gemide bulunan şarap, yük, brüt para, yatak vb. malzeme ile eşyalar) ister denizcilere isterse tacirlere ait olsunlar denize atılanın zararına iştirak etmek zorundadır. Denizcilerin kurtarılan mallara ait navlun bedeli üzerindeki hakları bakidir ve dolayısıyla onu ellerinde tutabilirler. Kaptanın denize atılan yüke ait navlun bedeli üzerinde herhangi bir hakkı yoktur."²⁴

Kara avrupasının kaidelerini dışlayan bu yaklaşım, İngiliz Deniz Mahkemelerinin kurulması ve bu mahkemelerde artık ülkenin *Law Merchant*'ının yanısıra *European Law Merchant* (diğer bir deyişle *Lex Mercatoria*- yani, kara avrupasının tacir örf ve adet hukuku)'ın ve kara avrupası kaydi deniz hukukunun (*Digesta, the Rolls of Oléron, the Consolato del Mare, Ordonnance de la Marine* ve diğer *Ordinance*'ların) uygulanması ile sona ermiştir. Böylece, İngiliz mahkeme kararlarında kara avrupası müşterek avarya kurallarının gözle görülür bir etkisi olmuştur.²⁵ Bu etki, 1700'lü yıllarda içtihatlarla ağırlık verilmesiyle görünürlüğüne kaybetmiş, ancak varlığını günümüze kadar zımnende olsa devam ettirmiştir.²⁶

"Müşterek Avarya" terimi ilk kez 1799 tarihli *The Copenhagen*²⁷ davasında kullanılmış ve "... genelin menfaati ile bütünü korunması için katlanılan zarar olarak tanımlanıp, eşit iştirake tabi tutulmuştur..." Ancak,

²⁴ Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s. 10-11.

²⁵ Bkz. *Luke v. Lyde* (1759) 2 Burr. 882, s.887; *The Gratitude* (1801) 3 C. Rob.240; *The Gas Float Whittin No: 2* [1896] P 42, s.47-48 ve *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.* [1989] 2 S.C.R. 683, s. 695, 700-749.

²⁶ Bkz. Tetley 2001, s. 6-8, ayrıca bkz. *Pirie v. Middle Dock Co.* (1881) 4 Asp. Mar. Law Cas. 388, s.390; *Burton & Co. v. English & Co.* (1883) 12 Q.B.D. 218 ve *Castle Insurance v. Hong Kong Islands Shipping Co.* [1984] A.C. 226, s. 233.

²⁷ (1799) 1 C. Rob. 289, s.293-294. Bu davadan bir yıl önce, Amerika Birleşik Devletleri'nde "Müşterek Avarya" terimi ilk kez *Campbell v. The Alknomac*, 4 Fed. Cas. 1155 (No: 2,350) (D. S.C. 1798) davasında kullanılmıştır.

1801 tarihli *Birkley v. Presgrave*²⁸ davasında yüksek mahkeme daha farklı bir yaklaşım sergileyerek "... geminin ve yükün korunması amacıyla yapılan olağanüstü fedakarlıklardan kaynaklanan bütün zararların ve masrafların "müşterek avarya" olduğunu belirtmiş ve bunun bütün ilgililerce orantılı bir şekilde yüklenilmesi gerektiğini" hükme bağlamıştır.²⁹ Günümüz İngiliz müşterek avarya hukukunun temelini teşkil eden bu karara, daha sonra tamamlayıcı nitelikteki içtihatlar eklenmiş ve netice itibari ile aşağıdaki prensiplere ulaşılmıştır;

• Müşterek avarya hareketi için talimat verme yetkisi kaptana aittir ki bu yetki, gemi maliki adına "çalışan sıfatıyla", yük malikleri adına ise "temsilci sıfatıyla" kullanılır.³⁰ Kaptan dışındaki birisinin talimatı, ancak ve sadece ortak güvenliği sağlamada zaruri idiye müşterek avarya hareketinden sayılır.³¹

²⁸ (1801) 1 East 220, s. 228.

²⁹ Bkz. *The Gratitude* (1801) 3 C. Rob. 240; *Covington v. Roberts* (1806) 2 Bos. & Pull. New. Rep. 378; *Plummer v. Wildman* (1815) 3 M. & S. 482; *Power v. Whitmore* (1815) 4 M. & S. 141; *Taylor v. Curtis* (1816) 6 Taunt 608; *Hallett v. Wigram* (1850) 9 C. & B. 580, s.601; *Job v. Langton* (1856) 6 E. & B. 779, s.790; *Entwistle v. Ellis* (1857) 2 H. & N. 549; *Cargo ex Galam* (1863) 33 L.J. Ad. 97, s.102; *Kemp v. Halliday* (1865) 6 B. & S. 723, s.746; *Johnson v. Chapman* (1865) 19 C.B. (N.S.) 563; *Wilson v. Bank of Victoria* (1867) LR. 2 QB. 203; *Fletcher v. Alexander* (1868) LR. 3 CP. 375; *Dickenson v. Jardine* (1868) LR. 3 CP. 639; *Walthew v. Mavrojani* (1870) LR. 5 Exch. 116; *Harris v. Scaramanga* (1872) LR. 7 CP. 481; *Harrison v. Bank of Australasia* (1872) LR. 7 Ex. 39; *Stewart v. West India & Pacific Steamship Co.* (1873) LR 8 QB 88; *Hingston v. Wendt* (1876) 1 Q.B.D. 367; *Robinson v. Price* (1877) 2 Q.B.D. 295; *Lohre v. Aitchison* (1878-79) L.R. 4 App. Cas. 755; *Wright v. Marwood* (1881) 7 Q.B.D. 62, s.67; *Whitecross Wire Co. Ltd. v. Savill* (1882) 8 Q.B.D. 653; *Ocean Steamship Co. v. Anderson* (1883) 13 Q.B.D. 651; *Anderson v. Ocean S.S. Co.* (1884) 10 A.C. 107; *Svensden v. Wallace Brothers* (1884) 13 Q.B.D. 69, s.73; *The Bona* [1895] P. 125; *Austin Friars Steamship Co. Ltd. v. Spillers & Bakers Ltd.* [1915] 3 KB 586 ve *Australian Coastal Shipping Commission v. Green* [1971] 1 All ER. 353. Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s. 74-77; Schoenbaum 2004, s. 195 ve Hayden/Leland 2010.

³⁰ Bkz. *The Gratitude* (1801) 3 C. Rob. 240, s. 257-261; *The Hamburg* (1864) 2 Moo. P.C.C. (N.S.) 289, s.321; *Burton & Co. v. English & Co.* (1883) 12 Q.B.D. 218; *The Cheldale* [1947] A.C. 265 ve *Australian Coastal Shipping Commission v. Green* [1971] 1 Q.B. 456.

³¹ Bkz. *Mouse's Case* (1609) 12 Co. Rep. 63 (yolcunun yük atması hk.), *Price v. Noble* (1811) 4 Taunt. 123 (gemi zabitanın danışmanlığında ganimet kaptanı tarafından yükün attırılması hk.) ve *Papayanni v. Grampian S.S. Co.* (1896) 1. Com. Cas. 448 (liman otoritesi tarafından yanan geminin batırılması hk.). Ayrıca, Amerikan davaları için bkz. *Wamsutta Mills v. Old Colony Steamboat Co.* 137 Mass. 471 (1883); *Ralli v. Troop* 157 U. S. YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

• Sergüzeştin tamamını korumak adına iradi bir fedakarlık yapılmışsa; geminin, yükün ve navlunun tek bir sergüzeşte mi yoksa farklı sergüzeştlere mi ait olduğu ya da menfaatlerin tamamen mi yoksa kısmen mi korunduğu, müşterek avaryanın varlığını etkilemez.³²

• İştirak yükümlülüğü sözleşme ile sınırlandırılabilir, koşula bağlanabilir ve hatta hariç dahi tutulabilir.³³

• Boşaltma limanındaki uygulamalardan ve/veya hukuk'tan ya da York-Anvers Kurallarından³⁴ bağımsız olarak ileri sürülemeyen iştirak talepleri sözleşmesel niteliktedir.³⁵

386 (1895); *Minneapolis, St. P. & B.S.S. Co. v. Manistee Transit Co.* 156 Fed. Rep. 424 (1907) ve *Andree- Moran No.16* (1930) A.M.C. 631. Karşılaştırma için bkz. *The Roanoke* (1893) 46 Fed. Rep. 297, 53 Fed. Rep. 270, 59 Fed. Rep. 161 ve *The Beatrice* (1924) A.M.C. 914.

³² Bkz. *Oppenheim v. Fry* (1863) 3 B. & S. 878, s. 883.

³³ Bkz. *Deering v. Earl of Winchelsea* (1787) 2 Bos. & Pul. 270 (Ex); *Price v. Noble* (1811) 4 Taunt. 123; *Simonds v. White* (1824) 2 B. & C. 805, s.811; *Stewart v. West India and Pacific Steamship Co.* (1873) LR 8 QB 88; *Aitchison v. Lohre* (1879) 4 App. Cas. 755; *Pirie v. Middle Dock Co.* (1881) 4 Asp. Mar. Law Cas. 388, s.390; *Burton & Co. v. English & Co.* (1883) 12 Q.B.D. 218, s.220-221; *Anderson v. Ocean SS Co.* (1884-85) 10 App. Cas. 107; *Lohre v. Aitchison* (1878-79) L.R. 4 App. Cas. 755; *Strang, Steel & Co. v. A. Scott & Co.* (1889) 14 App. Cas. 601; *The Brigella* (1893) P 189; *Milburn v. Jamaica Fruit Importing Co.* [1900] 2 QB 540, s.550; *Austin Friars SS Co. Ltd. v. Spillers & Bakers Ltd.* [1915] 1 QB 833; *Brandeis Goldschmidt & Co. v. Economic Insurance Co. Ltd.* (1922) 38 TLR 609; *Hain Steamship v. Tate & Lyle* (1936) 41 Com. Cas. 350, s.357 & 372; *The Bijela* [1993] 1 Lloyd's Rep. 411; *The Evje* [1975] A.C. 797 ve *Castle Insurance v. Hong Kong Shipping Co.* [1984] A.C. 226. İlgili Amerikan davaları için bkz. *Caze v. Reilly* 5 F. Cas. 332 (C.C.D. Pa. 1814) (No: 2538); *Columbian Insurance Co. v. Ashby & Stribling* 38 U.S. (13 Pet.) 331 (1839); *Barnard v. Adams* 51 U.S. (10 How.) 270 (1850); *Dupont v. Vance* 60 U.S. (19 How.) 162 (1869); *Ralli v. Troop* 157 U.S. 386 (1895); *Cia. Atlantica Pacifica S.A. v. Humble Oil & Refining Co.* D. Md. 1967, 274 F. Supp. 884; *Orient Mid-East Lines, Inc. v. A Shipment of Rice* 496 F.2d 1032 (5 Cir. 1974); *Atlantic Richfield Co. v. United States* 640 F.2d 759 (5 Cir. 1981); *Lapierre v. Attorney-General of Québec* [1985] 1 S.C.R. 241 ve *Ultramar Canada v. Mutual Marine Office* [1995] 1 F.C. 341.

³⁴ Bkz. aş. s.10 vd.

³⁵ Bkz. *Simonds v. White* (1824) 2 B. & C. 805; *Lloyd v. Guibert* (1865) LR 1 QB 115; *Wright v. Marwood* (1881) 7 Q.B.D. 62, s. 67; *Anderson v. Ocean Steamship* (1884) 10 App. Cas. 107; *Grange v. Taylor* (1904) 9 Com. Cas. 223; *United States Shipping Board v. Durrell* [1923] 2 K.B. 739; *Thomson v. Micks, Lambert & Co.* (1933) 47 Ll.L. Rep. 5 ve *Castle Insurance v. Hong Kong Islands Shipping Co.* [1984] A.C. 226, s.233. Karşılaştırma için bkz. *Re Polemis & Furness, Withy & Co.* [1921] 3 K.B. 560.

Müşterek avarya kurumu zamanla ihtiyaçlar doğrultusunda bir deniz sigortası türüne dönüşmüş ve en nihayetinde 1906 tarihli İngiliz Deniz Sigortası Kanunu'nun 66 ncı maddesinde "Müşterek Avarya Zararı" başlığı altında düzenlenmiştir. İşbu madde uyarınca;

- Müşterek avarya hareketinden doğan veya onun doğrudan doğruya sonucu olan zarar müşterek avarya zararı'dır. İşbu zarara hem müşterek avarya masrafları hem de müşterek avarya fedakarlıkları dahildir.³⁶

- Ortak macera esnasında tehlikeye maruz kalan malvarlıklarını korumak adına iradi ve makul nitelikli olağanüstü fedakarlıklar veya masraflar yapılır veyahut bunlara katlanılırsa müşterek avarya hareketi gerçekleşmiş olur.³⁷

- Müşterek avarya hareketinden zarar gören, bundan menfaat sağlayan ilgililere deniz hukuku kurallarınca orantılı şekilde yüklenen iştirake hak kazanır. Bu iştirake müşterek avarya iştiraki denir.³⁸

Müşterek avaryaya ilişkin İngiliz içtihat hukuku, günümüzde Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda ve Singapur gibi İngiliz Milletler Topluluğu üye ülkelerince aşağı yukarı aynı esaslar çerçevesinde uygulanmaktadır. Ancak Amerika Birleşik Devletleri, İngiliz içtihat hukukundan ziyade İngiliz deniz mahkemelerinin 1700'lü yıllara kadar yarattığı kara avrupası esaslı hukuku benimsemiş³⁹ ve dolayısıyla müşterek avarya hukukunu ağırlıklı olarak kara avrupası prensipleri üzerine inşa etmiştir.⁴⁰

³⁶ Bkz. 1906 tarihli İngiliz Deniz Sigortası Kanunu, m.66/ f.1.

³⁷ Bkz. 1906 tarihli İngiliz Deniz Sigortası Kanunu, m.66/ f.2.

³⁸ Bkz. 1906 tarihli İngiliz Deniz Sigortası Kanunu, m.66/ f.3. İlgili davalar için bkz. *Gregson v. Gilbert* (1783) 3 Doug. KB. 232; *Oppenheim v. Fry* (1863) 3 B. & S. 873; *Kemp v. Halliday* (1866) 6 B. & S. 723; *Harris v. Scaramanga* (1872) LR. 7 CP. 481; *Anderson, Tritton & Co. v. Ocean SS Co.* (1884) 5 Asp. M.L.C. 401; *The Brigella* (1893) P. 189 ve *S.S. Carisbrook Co. v. London and Provincial Marine & General Insurance Co. (The Carisbrook)* [1902] 2 KB 681; *Austin Friars Steamship Co. Ltd. v. Spillers & Bakers Ltd.* [1915] 1 KB 833; s.835; *Société Nouvelle D'Armement v. Spillers & Bakers Ltd.* [1917] 1 KB 865; *Brandeis Goldschmidt & Co. v. Economic Insurance Co. Ltd.* (1922) 38 TLR 609; *Watson v. Firemen's Fund Insurance* [1927] 127 LT 754; *Vlassopoulos v. British & Foreign Marine Insurance Co. (The Makis)* [1929] 1 KB 187; *Athel Line Ltd. v. Liverpool & London War Risks Insurance Association Ltd.* [1944] KB 87 ve *Australian Coastal Shipping Commission v. Green* [1971] 1 Q.B. 456, s. 478.

³⁹ Bkz. yuk. s. 7.

⁴⁰ Bkz. Tetley 2001, s. 8-9.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

3) York- Anvers Hukuk Sistemi

Kara avrupalı cephesindeki ulusal kanunların çokluğu ve ayrıca Anglo-Sakson cephesindeki içtihat hukukunun kara avrupalı hukukundan ayrı bir yol izlemesi, müşterek avarya kurumunun dünyadaki işleyişinde farklılıklara sebep olmuştur. Bu farklılıklar, yabancı unsur içeren müşterek avarya hareketlerinde ve onlara ilişkin sigorta taleplerinde hem para hem de zaman israfına yol açan ciddi ve önemli hukuki çekişmelere neden olmuştur. Bu bağlamdaki çok sesliliğin önüne geçebilmek ve uluslararası nitelikli etkin bir müşterek avarya hukuku oluşturmak için, özellikle nelerin müşterek avarya zararı/masrafı sayılacağı, zararın/masrafın hangi metodla hesaplanacağı, iştirak payının nasıl tespit edileceği gibi konuları ele alan meşakatli çalışmalar yapılmıştır. Bunların neticesinde de;

- 1860 Glasgow Kararları ile- (11) adet kural üzerinde anlaşmaya varılmıştır.

- 1864 York Kuralları ile- 1860 tarihli (11) Glasgow kuralı kısmen değiştirilerek onanmıştır.

- 1877 York-Anvers Kuralları ile- 1864 tarihli (11) York kuralı bazı değişikliklerle onanmış ve (1) adet yeni kural eklenerek toplamda (12) kurala ulaşılmıştır.

- 1890 York-Anvers Kuralları ile- 1877 tarihli (12) York-Anvers kuralı bazı değişikliklerle onanmış ve (6) adet yeni kural eklenerek toplamda (18) kurala ulaşılmıştır.

- 1924 York-Anvers Kuralları ile- 1890 tarihli (18) York-Anvers kuralından (17)'si bazı değişikliklerle onanmış ve (6) adet yeni kural daha eklenerek toplamda (23) tane numaralandırılmış kurala ulaşılmıştır. Ayrıca, bu numaralandırılmış kuralların önüne (A)'dan (G)'ye kadar harflendirilmiş (7) adet genel nitelikli kural konularak toplamda (30) adet kural üzerinde anlaşmaya varılmıştır.

- 1950 York-Anvers Kuralları ile- 1924 tarihli (23) adet numaralı York-Anvers kuralında bir birleştirme yapılarak kural sayısı (23)'den (22)'ye indirilmiştir. Ayrıca, harflendirilmiş (7) kural bazı ufak değişikliklerle onanmış ve bunların başına "Yorum Kuralı" getirilmiştir. Böylece, toplamda (30) adet kural üzerinde anlaşmaya varılmıştır.

- 1974 York-Anvers Kuralları ile- 1950 tarihli (30) York-Anvers kuralının dili sadeleştirilerek bazı değişiklikler yapılmıştır.

• 1994 York-Anvers Kuralları ile- 1974 tarihli (30) York-Anvers kuralı bazı değişikliklerle onanmış ve kuralların en başına "Üstün Kural" getirilmiştir. Böylece, toplamda (31) adet kural üzerinde anlaşılmıştır.

• 2004 York-Anvers Kuralları ile- 1994 tarihli (31) York-Anvers kuralı bazı değişikliklerle onanmış ve bugünkü son şeklini almıştır.⁴¹

Bağlayıcılığı olmayan sadece tavsiye niteliğindeki bu kurallar ulusal mevzuata dahil edilmeden yürürlük kazanamazlar. Bu nedenledir ki, örn. Çin Halk Cumhuriyeti 1993 tarihli deniz kanunuyla⁴², Danimarka/Finlandiya/Norveç/İsveç 1994 tarihli ortak deniz kanunlarıyla⁴³ ve ülkemiz 1956 ve 2011 tarihli deniz kanunlarıyla⁴⁴ bunları mevzuatın ayrılmaz bir parçası yapmıştır. Diğer taraftan, bu kuralların sözleşme ile bireysel olarak devreye sokulması da mümkündür- ki buda, örn."Müşterek avaryada (...) tarihli York-Anvers Kuralları uygulanır." şeklindeki klozların konişmentolara, navlun sözleşmelerine ve deniz sigorta poliçelerine dahil edilmesiyle sağlanmaktadır.⁴⁵

II. GÜNÜMÜZ HUKUKUNDA MÜŞTEREK AVARYANIN UNSURLARI

Yukarıdaki değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere müşterek avarya kurumunun doğuş felsefesi "bütünün menfaati için malı gözden çıkarılarak feda edilen şahıs ile bu fedakarlıktan menfaat sağlayanlar arasında hakkaniyeti sağlayabilmektir." Dolayısıyla, bu kurum sayesinde bir yandan malı feda edilen şahsın zarara tek başına katlanmasına mani olunmakta, diğer yandansa, malları kurtarılanların bu zarara elde ettikleri menfaatten fazla

⁴¹ Bkz. Okay 1959; Lowndes/Rudolf 1997; Algantürk 2004-1; Algantürk 2004-3; Hudson/Harvey 2010 ve Çetingil/Kender/Ünan 2011.

⁴² İşbu kanun, 1974 tarihli York-Anvers Kuralları'na atıfta bulunmuştur. Bkz. Li 1993, s.214 ve Tetley 2001, s. 139.

⁴³ İşbu Ortak Kanun'un "Deniz Kazaları" başlıklı 5. Kısım'ının "Avarya Hakkında" başlıklı 17. Bölümü'nün, 1. maddesinde "Aksi kararlaştırılmadıkça, York-Anvers Kuralları 1974 hükümlerinin uygulanacağı..." hükme bağlanmıştır.

⁴⁴ 1956 tarihli mülga Kanun York-Anvers Kuralları 1950'yi esas almıştı. Ancak, 2011 tarihli yürürlükteki Kanunumuz genel bir atıf yaparak en son tarihli York-Anvers Kurallarını işaret etmiştir- ki bu da şu an için 2004 tarihli Kurallar'dır.

⁴⁵ Bkz. *Goulandris Brothers Ltd. v. B. Goldman & Sons Ltd.* [1957] 2 Lloyd's Rep. 207, s.213-214 ve *Castle Insurance v. Hong Kong Islands Shipping Co.* [1984] A.C. 226, s.233 *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

oranda iştirak etmeleri önlenmektedir.⁴⁶ Bu doğrultuda hazırlanmış York-Anvers Kurallarının en son tarihlisine (yani, şu an yürürlükte olan 2004 tarihli kurallara- "YAK 2004") atıfta bulunan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁴⁷ ("TTK") 1272 vd. maddeleri ile ülkemizin müşterek avarya rejimini şu şekilde düzenlemiştir:

- Ortak bir deniz macerasına atılmış olan gemiyi, yükü, diğer eşyayı ve navlunu birlikte tehdit eden tehlikenin bertarafı için makul bir şekilde bilerek ve isteyerek olağanüstü bir fedakârlıkta bulunmak veya olağanüstü bir harcama yapmak "müşterek avarya hareketi" dir.

- Bu hareketin doğrudan doğruya sonucu olan zarar ve giderler ise "müşterek avarya" dir.⁴⁸

İşte bu sebepten ötürü, müşterek avaryadan bahsedebilmenin ön koşulu müşterek avarya hareketinin varlığıdır- ki bunun içinde "ortak bir deniz macerasına", "ortak bir tehlikeye" ve "yapılmış bir fedakarlığa ve/veya masrafa" ihtiyaç vardır. Olmazsa olmaz nitelikteki bu 3 unsur aşağıda detaylı bir incelemeye tabi tutulmuştur.

1. Ortak Bir Deniz Macerasının Varlığı

Bundan anlaşılması gereken; gemi⁴⁹, yük⁵⁰, diğer eşya⁵¹ ve navlun⁵² menfaatlerinden en az ikisinin bir kader birliği içine girip deniz macerasına

⁴⁶ Bkz. *Birkley v. Presgrave* (1801) 1 East 220; *Power v. Whitmore* (1815) 4 M. & S. 141; *Barnard v. Adams* 51 U.S. (10 How.) 270 (1850); *McAndrews v. Thatcher* 70 U.S. 3 Wall. 347 (1865); *Harris v. Scaramanga* (1872) LR. 7 CP. 481; *Hobson v. Lord* 92 US 397 (1876); *Ralli v. Troop* 157 U.S. 386 (1895); *United States v. Atlantic Mutual Insurance Co.* 298 U.S. 483 (1936) ve *Australian Coastal Shipping Commission v. Green* [1971] 1 ALL ER. 353.

⁴⁷ Bkz. m. 1273.

⁴⁸ Bkz. m.1272/f.1 ve YAK 2004/kural A, f. 1: "Bir müşterek avarya hareketi, ancak ve yalnız ortak deniz sergüzeştine katılmış olan malvarlığı unsurlarını (değerleri) karşılaştıkları bir tehlikeden korumak amacı ile müşterek selamet için bilerek ve makul bir şekilde olağanüstü bir fedakârlık veya harcama yapılması halinde vardır."

⁴⁹ Geminin ekipmanı bu kapsam içerisinde değerlendirilir. Bkz. *Mandaraka-Sheppard* 2013, s. 665.

⁵⁰ Konteynurlar, külçe ve sikkeler "yük" kavramı içinde ele alınır.

⁵¹ Zaman çartırlı geminin çartırına ait yakıtı ve 3. şahıslardan kiralanan gemi ekipmanları "diğer eşya" kavramı içinde yer alır. Bkz. *Ertan* 2012, s. 2.

⁵² Alacaklısı yönünden riskli olan navlunlar (yani, varma limanında ödenecek olan navlunlar) bu kapsamda değerlendirilirken, alacaklısı yönünden risk taşımayan navlunlar (yani, peşin ödenen navlunlar veya "lost or not lost" klozuna bağlanmış vadeli navlunlar)

atılmış olmasıdır.⁵³ Böylesi bir kader birlikteliği özellikle gemi ile yük arasında oluşur ki- buda; yükün taşınmak üzere gemiye yüklenmeye başlandığı andan varma limanında boşaltmanın tamamlandığı ana kadar devam eder.⁵⁴ Kısmen yükleme veya kısmen boşaltma hallerinde, gemide bulunan yük açısından kader birlikteliği devam eder. Bu sebeple, malının bir kısmı boşaltılmışken gemide yangın çıkan ve bunun söndürülme çalışmaları esnasında gemideki malı zarar gören yük maliki zararına iştirak edilmesini talep edebilir.⁵⁵

Ortak deniz macerası ve dolayısıyla gemi ile yük arasındaki kader birliği varma limanındaki boşaltma haricinde, ayrıca;

- yük, talep üzerine taşıma sözleşmesindeki varma limanından farklı bir limana boşaltılarak teslim edildiğinde,
- yük, karışık bir kurtarma operasyonu neticesinde boşaltılmaksızın güvenli bir yere getirildiğinde⁵⁶ veya
- yük, hafifletme ve barınma müşterek avaryaları haricinde geçici olarak gemiden ayrıldığında⁵⁷ sona erer.

kapsam dışında bırakılır. Bkz. Ertan 2012, s.2&6; Mandaraka-Sheppard 2013, s.665. Ayrıca bkz. *The Brigella* (1893) P 189 ve *S.S. Carisbrook Co. v. London and Provincial Marine & General Insurance Co. (The Carisbrook)* [1902] 2 KB 681.

⁵³ Bkz. *Kemp v. Halliday* (1865) 34 LJQB 233, s.542; *Robinson v. Price* (1877) 2 Q.B.D. 295 ve *The Brigella* (1893) P 189.

⁵⁴ Bkz. *Achard v. Ring* (1874) 2 Asp. MLC 422; *Whitecross Wire Co. v. Savill* (1882) 8 QBD 653; *Trade Green Shipping Inc. v. Securitas Bremer Allgemeine Versicherungs AG ('The Trade Green')* [2000] 2 Lloyd's Rep. 451 ve *Lewis v. Williams 1 Hall's N.Y. Rep.* 430.

⁵⁵ Bkz. *Stewart v. West India & Pacific Steamship Co.* (1873) 8 L. R. Q. B. 88; *Achard v. Ring* (1874) 31 L. T. (N. S.) 647; *Schmidt v. Royal Mail Steamship Co.* (1876) 45 L. J. Q. B. 646; *Robinson v. Price* (1877) 2 Q.B.D. 295; *Pirie v. Middle Dock. Co.* (1881) 44 L.T. 426; *Whitecross Wire Co. v. Savill* (1882) 8 Q.B.D. 653 ve *Nimick v. Holmes* (1885) 25 Penn. St. 366. Bkz. Kent, s.346-347.

⁵⁶ Bkz. *Hallett v. Wigram* (1850) 9 C. B. 580; *Job v. Langton* (1856) 6 El. & Bl. 779; *Moran v. Jones* (1857) 7 El. & Bl. 523; *Kemp v. Halliday* (1865) 34 LJQB 233; *Wilson v. Bank of Victoria* (1867) L.R. 2 Q.B. 203; *Dent v. Smith* (1869) L.R. 4 Q.B. 414; *Walthew v. Mavrojani* (1870) L. It. 5 Ex. 116; *Hingston v. Wendt* (1876) 1 Q.B.D. 367 ve *Royal Mail Steam Packet Co. v. English Bank of Rio* (1887) 19 QBD 362. Karşılaştırmak için bkz. *Dilworth v. McKelvey* 30 Mo. 149 (1860); *McAndrews v. Thatcher* 70 U.S. 3 Wall. 347 (1865) ve *The Star of Hope* 76 U.S. 9 Wall. 203 (1869). Ayrıca bkz. Kent, s.347-348 ve *Rose* 2005, s. 25&62.

⁵⁷ Bkz. *Atwood v. Sellar* (1880) 5 Q.B.D. 286 ve *Svensen v. Wallace* (1884) 13 Q.B.D. 69, (1885) 10 App. Cas. 404. Ayrıca bkz. YAK 2004 m.8, 10 ve 11. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

Ortak maceranın varlığı açısından ne konişmentonun düzenlendiği tarih, ne deniz yolculuğuna başlanmış olunması, ne yolculuğun tamamlanmış olması, ne de kader birliği içindeki menfaatlerin farklı kişilere mi yoksa aynı kişiye mi ait olduğu önem taşır. Ancak, aynı kişiye ait menfaatler müşterek avarya sorumluluk sigortası kapsamında aynı sigortacıya sigortalattırılmışsa, ortak maceranın varlığına rağmen çıkar farklılığı olmadığından ötürü sigortacının iştirak paylarını ödemesi beklenemez.⁵⁸ Bu nedenle, menfaatlerin ayrı ayrı ve farklı sigortacılara sigortalattırılması uygun ve yerinde bir adım olur.⁵⁹ İngiliz hukukunda, sigortacının aynı mı yoksa farklı mı olduğu önemli değildir çünkü menfaatler aynı kişiye ait olsa da ödeme yükümlülüğü farklı kişilere aitmiş gibi doğar.⁶⁰ Bu bağlamda, sonuç aynı da olsa Amerikan mahkemeleri farklı bir yol izlemeyi tercih etmiş ve sigortacının ödeme yükümlülüğünün kader birliği (ve tabiatıyla ortak deniz macerası) aranmaksızın tek bir menfaate bağlı olarak doğabileceğini kabul etmiştir.⁶¹

2. Ortak Bir Tehlikenin Varlığı

Burada kastedilen ortak deniz macerasını tehdit eder nitelikte gerçek ve önemli bir tehlikenin mevcut olmasıdır. Dolayısıyla, tehlikenin "müşterekliği", "mevcudiyeti" ve "tehditin ağırlığı" son derece önemlidir. Şöyle ki;

D) Müştereklik Faktörü

Tehlikenin tek bir menfaati tehdit etmesi durumunda müşterek değil hususi tehlike sözkonusu olur, dolayısıyla sadece geminin kendisi yada sadece yükü tehlikeye maruz kalırsa müşterek avarya için aranan ortak tehlike unsuru gerçekleşmez. Bu sebeptir ki, örn. (a) sığ bir kanalda karaya oturan geminin kendisi batma tehlikesinde ama yükü güvende ise, (b) su sızdıran geminin kendisi güvende ama yükü tehdit altında ise, (c) soğutma

⁵⁸ Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s.99 ve Çetingil/Kender/Ünan 2011, s. 34-35.

⁵⁹ Bkz. *Oppenheim v. Fry* (1863) 3 B. & S. 878, s.883 ve *Montgomery v. Indemnity Mutual Marine Insurance Co.* [1902] 1 KB 734. Farklı görüş için bkz. *The Brigella* (1893) P. 189. Ayrıca, bkz. Çetingil/Kender/Ünan 2011, s. 35.

⁶⁰ Bkz. 1906 tarihli İngiliz Deniz Sigortası Kanunu m.66/f.7.

⁶¹ Bkz. *Potter v. Ocean Assurance Co. (1837) 3 Summer 27*; *Dollar v. La Fonciere* 162 Fed. Rep. 563 (1908); *Risley v. Insurance Co. of North America* (1910) 189 Fed. Rep. 529; *Hahlo v. Benedict* (1914) 216 Fed. Rep. 303 ve *Greely v. Tremont Ins. Co.* 9 Cash. 415. Ayrıca bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s. 100.

sistemi arızalanan geminin kendisi güvende ama yükü bozulma tehlikesinde ise, (d) saldırıya uğrayan geminin kendisi ve yükü yağmacılarca el konulanların dışında güvende ise⁶², ne müşterek tehlikeden ne de müşterek avaryadan bahsedebiliriz. Ancak, örn. (a) yarısına kadar kayalara oturan yüklü geminin ambarlarından birkaçı suyla dolmuşsa⁶³, (b) füze ile vurulan yüklü tanker alev almışsa, (c) yükü kayan gemi ağır denizde 45 derece yan yatmışsa, (d) çatmada ciddi hasar alan yüklü geminin makina odası ve bitişiğindeki ambarı su almışsa, işte o zaman hem gemiyi hem de yükü tehdit eden müşterek bir tehlikeden ve tabii ki müştereken ödenemesi gereken zarardan/masraftan bahsedebiliriz.⁶⁴

II) Mevcudiyet Faktörü

Müşterek avaryada ortak tehlike unsurunun gerçekleşmesi için, tehlikenin birden çok menfaati tehdit etmesi tek başına yeterli değildir. Ayriyeten, işbu tehlikenin mevcut bir tehlike olması gerekir. Yani, müşterek tehlike ya içinde bulunulan zaman diliminde bizzat var olmalı yada bizzat varolmasa bile ileride kesinlikle veyahutta kuvvetle muhtemel gerçekleşecek nitelikte olmalıdır. Bu bağlamda, örn. şiddetli fırtınada kayalara oturmuş yüklü gemi hızla su alırsa veya füze ile vurulmuş içi dolu tanker alev topuna dönerse, tehlike bizzat mevcuttur. Buna karşın, yüklü geminin rıhtım duvarına su seviyesinin üstünden çarparak dış kaplamasını hafifçe zedelemesinde veya buhar kazanındaki arızanın tamiri için nehrin kum zeminine oturtulmasında, tehlikenin bizzat mevcudiyetinden bahsedemeyiz. Kaldı ki, eğer kaplamadaki hasar geminin gücünü ve denize elverişliliğini etkilemiyorsa, geminin oturtulma pozisyonu nehirdeki sefer güvenliği açısından çatma riski yaratmıyorsa, ileride gerçekleşmesi mutlak veya kuvvetle muhtemel bir tehlikeden de söz edemeyiz.⁶⁵ Ancak yüklü gemi sakin havada tehlikeli sulardayken pervanesini kaybederse, tehlike bizzat olmasa bile mevcut addedilir- çünkü, pervanesiyle birlikte güvenli sevk imkanı kaybeden geminin önlem alınmadığı takdirde o tehlikeli sularda gerçek ve

⁶² Bkz. *Nesbitt v. Lushington* (1792) 4 TR 783

⁶³ Bkz. *Hingston v. Wendt* (1876) 1 Q.B.D. 367 ve *Pacific Mail S.S. Co. v. Dupre* (1896) 74 Fed. Rep. 250.

⁶⁴ Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s.83 ve Çetingil/Kender/Ünan 2011, s.35, 37&38.

⁶⁵ Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s.83&86 ve ilgili dava: *Orient Mid-East Lines Inc. v. S.S. Orient Transporter* (1974) A.M.C. 2593.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ciddi bir tehlike ile karşılaşması kesindir.⁶⁶ Aynı şekilde, yüklü geminin açık ve sakin denizde seyrederken su sızdırması, hız düzeneğinin arızalanması ya da iki çıpasının kopması bizzat tehlike oluşturmaz, ama gerekli önlemler alınmazsa su sızıntısı draftı tehlikeli seviyelere yükselterek varma limanında karaya oturmaya, düzeneğin işlevsizliği akıntılara kapılarak boğazda sürüklenmeye ve çıpaların yokluğu iç limanda sürüklenmeye neden olacaksa tehlike mevcut kabul edilir. Burada belirleyici olan, ileride gerçekleşmesi beklenen tehlikenin salt bir vesvese ürünü olmayıp, ihtimalin de ötesinde gerçek, ciddi ve önemli bir nitelik taşımasıdır.⁶⁷ Dolayısıyla, muhtemel tehlikeler ortak tehlikenin varlığı açısından yetersizdir. Bunun içindir ki, ne rota üzerindeki buzlanma ihtimaline karşı geminin römorkörle çektilmesinde, ne hasarlanma ihtimaline karşı geminin mahsur kaldığı yerden buz kırıcısıyla kurtarılmasında⁶⁸, ne de fırtına ihtimaline karşı kötü istiflenmiş geminin yükünün denize atılmasında, zarar ve masraflar müşterek avarya'dan sayılır.⁶⁹ Ancak, bu yaklaşım barınma müşterek avaryaları açısından bağlayıcı değildir çünkü bunlarda mevcudiyet faktörü hafifletilerek uygulanmakta ve bu itibarla muhtemel tehlikenin varlığı tek başına yeterli bulunmaktadır.⁷⁰

Son olarak şu üç hususu kısaca aydınlatmakta fayda var:

- Bazen içinde bulunulan zaman diliminde tehlikenin bizzat mevcut olup olmadığı anlaşılammakta ve bunun neticesinde aslen var olmayan bir tehlike hataen var addedilebilmektedir. İşte böylesi hallerde, Anglo-

⁶⁶ Bkz. *Vlassopoulos v. British and Foreign Marine Insurance Co. (The Makis)* [1929] 1 KB 187. Karşılaştırmak için bkz. *Ballantyne v. Mackinnon* (1896) 65 L.J.Q.B. 616 (burada, tehlikenin mevcut olmadığına karar verilmiştir çünkü bütün yakıtını ve yakacağını tüketmesine karşın vapurun halen yelkenleriyle güvenli bir şekilde yolculuğuna devam edebileceği tespit edilmiştir.) ve *The Troilus* [1951] A.C. 820.

⁶⁷ Bkz. *Lawrence v. Minturn* (1854) 17 How 100; *Corrie v. Coulthard* (1877) 3 Asp. M.L.C. 546; *McCall v. Houlder* (1897) 2 Com. Cas. 129; *The Wordsworth* 88 Fed. Rep. 313 (1898); *Montgomery v. Indemnity Mutual Marine Insurance Co.* [1902] 1 K.B. 734; *Soci t  Nouvelle D'Armement v. Spillers & Ltd.* [1917] 1 K.B. 865; *Joseph Watson and Sons Ltd. v. Firemen's Fund Ins. Co. of San Francisco* [1922] 2 K.B. 355; *Vlassopoulos v. British and Foreign Marine Insurance Co. (The Makis)* [1929] 1 KB 187 ve *The West Imboden* (1936) A.M.C. 696. Ayrıca bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s. 87-88.

⁶⁸ Bkz. *Westoll v. Carter* (1898) 3 Com. Cas. 112.

⁶⁹ Bkz. Çetingil/Kender/ nan 2011, s. 36.

⁷⁰ Bkz. *Vlassopoulos v. British and Foreign Marine Insurance Co. (The Makis)* [1929] 1 KB 187 ve *Daniolos v. Bunge* (1938) 62 Ll. L. Rep. 65. Ayrıca bkz. YAK 2004, m. 10-11.

Sakson hukukunun ve 2004 York-Anvers Kurallarının dar çerçeveli bir tutum sergilediği, Kara avrupası hukukunun ise daha geniş çerçeveli bir tutum sergilediği görülmektedir. Şöyle ki; İngiliz ve Amerikan mahkemeleri'ne göre müşterek avarya için "bizzat var olan, gerçek (objektif) bir tehlike" gerekir ve bu nedenle gerçekte var olmayan ama var olduğu düşünülen bir tehlike makul bir inançla hayal edilmiş olsa bile mevcudiyet'ten yoksundur- dolayısıyla da, müşterek avarya bakımından yetersizdir.⁷¹ Bu bağlamda, örn. kaptan yağmurda güvertenin üstünde oluşan buharı ya da reçine ambarından sızan dumanı yoğunluğuna binaen yangın sanıp basınçlı buhar ve su ile söndürmeye çalışırsa, bu esnada doğan zarar makul inançla hareket edilmiş olsa bile aslen gerçek olmayan (hayali) bir tehlikeye müdahale edilmiş olduğundan ötürü müşterek avarya'dan sayılmaz.⁷² Oysa ki, sözkonusu buhar ya da duman tecrübeli ve tedbirli bir kaptanın bakış açısından değerlendirildiğinde bir yangın tehlikesine cidden işaret ediyorsa, Alman ve Fransız hukukunca (ve tabii ki ülkemiz hukukunca) tehlike mevcuttur ve bu nedenle zarara şahsen değil müştereken katlanılır.

- Atılan ortak deniz macerasının doğası gereği yaşanması önceden öngörülen (normal) bir tehlike "mevcut tehlike" teşkil etmez, ancak ve sadece önceden öngörülemeyen (olağanüstü) bir tehlike "mevcut tehlike" teşkil eder. Bu nedenle, örn. gemiye rotasındaki savaş bölgesinden geçerken saldırıya uğramasın diye hız arttırıcı bir çekici kiralınmışsa ya da Aralık ayında girdiği Kanada limanında buzdan hasarlanmasın diye buz kırıcı kiralınmışsa, müşterek değil şahsi avarya sözkonusu olur çünkü savaş bölgesinde saldırıya uğramak da kışın Kanada'da buz tutması da son derece normal (önceden öngörülebilen) tehlikeler'dir.⁷³

- Mevcut tehlikenin mutlaka bir deniz tehlikesi olması gerekmez- bu nedenle; kötü hava koşulları (fırtına, hortum, yıldırım, buz, dalgalar vb.),

⁷¹ Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s.88 ve Çetingil/Kender/Ünan 2011, s. 38-39.

⁷² Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s.88-89 ve ilgili davalar: *Joseph Watson and Sons Ltd. v. Firemen's Fund Ins. Co. of San Francisco [1922]* 2 K.B. 355 ve *The West Imboden* (1936) A.M.C. 696. Karşılaştırmak için bkz. *Navigazione Generale Italiana v. Spencer Kellogg & Sons* 92 F.2d 41 (2d Cir. 1937).

⁷³ Detaylı bilgi için bkz. aş. s.19 (Olağanüstülük Unsuru). Ayrıca bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s.91; Çetingil/Kender/Ünan 2011, s.36; Ertan 2012, s.4 ve ilgili dava: *Société Nouvelle D'Armement v. Spillers & Ltd. [1917]* 1 K.B. 865.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

akıntılar, sürüklenme, karaya oturma, çatma, korsanlık⁷⁴ gibi haller dışında yangın⁷⁵ ve infilak da müşterek avaryaya bağlamında tehlike'dir.

III) Tehditin Ağırlığı Faktörü

Mevcut müşterek tehlike, fiziksel tehdit içerebileceği gibi yolculuğun tamamlanmasına yönelik ticari bir tehditte içerebilir.⁷⁶ Burada önemli olan, tehlikenin menfaatlerden en az birini fiilen veya hükmen tamamı ile ortadan kaldıracabilecek ciddiyette olmasıdır- ki bu da, tehditin ağırlığının bir menfaatten diğerine farklılık gösterebileceği anlamına gelir. Dolayısıyla, limana yanaşmaya çalışırken dalgaların açığa sürükleyerek yan yatırdığı bir geminin kendisi batma, yükü hasarlanma veya tam tersine kendisi hasarlanma, yükü ziya olma veya her ikisi birlikte ziya olma durumu varsa müşterek avaryaya için aranan ortak tehlike unsuru gerçekleşmiş demektir. Aynı şekilde, dondurulmuş et ve ham demirle yüklenen bir geminin tehlikeli sulara sakın havada seyrederken makinaları topyekün çöker ve neticesinde de soğutma sistemi durduğu için et yükü tamamıyla zayi olma riski taşırsa, geminin kendisi ve demir yükü açısından acil ve önemli bir risk olmasa dahi ortak tehlike var demektir.⁷⁷

Mevcut müşterek tehlikenin içeriği ve ağırlığı, içinde bulunulan anın stresıyla her zaman tam ve doğru bir şekilde belirlenememekte ve bu itibarla zaman zaman fazla koruyucu davranılarak tehlikenin bertarafı için gereksiz yere zarar ziyan verilmekte veya masraf yapılmaktadır. Bu bağlamda, örn. (a) gemisinin baş pik tankını su basan kaptan, fırtına sebebiyle bunun aslen loça kovanındaki bir delikten kaynaklandığını fark edemeyip su seviyesinin altında bulunan bir delikten kaynaklandığını düşünerek loça kovanında yapılacak basit bir tamirat işlemi yerine baş perdedeki su geçirmez kaportaları açtırıp yüke zarar verebilir ya da (b) gemisinin ana direği fırtınada aşağıya göçen ve kontrolsüzce savrulmaya başlayan kaptan,

⁷⁴ Bkz. *Hicks v. Palington* (1590) Moore's Q.B. 297; *Covington v. Roberts* (1806) 2 Bos. & Pull. New. Rep. 378; *Masefield AG v. Amlin Corporate Member Ltd.* ('The Bunga Melati Dua') [2011] EWCA Civ. 24- [2010] EWHC 280 (Comm.) ve *Mitsui & Co. Ltd. v. Beteiligungsgesellschaft LPG Tankerflotte MbH & Co. KG* [2014] EWHC 3445 (Comm). Ayrıca bkz. YAK 2004/kural A.

⁷⁵ Bkz. *Green Star Shipping Co. Ltd. v. London Assurance* [1933] 1 K.B. 378 ve ayrıca YAK 2004/kural A.

⁷⁶ Bkz. YAK 2004, m.10, 11&14. Ayrıca bkz. *Mandaraka-Sheppard* 2013, s.662

⁷⁷ Bkz. *Lowndes/Rudolf* 1997, s.92 ve *Çetingil/Kender/Ünan* 2011, s. 37.

direğin topuğunun kaplamaları delerek tabana ulaşacağını hataen düşünüp direği kestirterek denize attırabilir ya da (c) tankerindeki fenol sızıntısı makina odasına kadar ulaşan kaptan, bu odanın perdesinin fenole dayanıklı bir malzemeden üretildiğini bilmeksizin başka bir yol olmadığını düşünerek fenolün tamamını denize boşalttırabilir ya da (d) gemisi yalpalayan kaptan, bunun esasen geminin hatalı inşasından kaynaklandığını anlayamayıp yanlış istiflemeyen kaynaklandığını düşünerek yükleri barınma limanında tekrardan istiflettirebilir. İşte böylesi zarar ziyan ve masraflar, "girişilen mücadele hareketi, makul ve tecrübeli bir kaptanın nazarından bakıldığında da tehlike anındaki şartlara ve tehditin ağırlığına uygun bulunursa" müşterek avarya'dan sayılır.⁷⁸

3. Bir Fedakarlığın ve/veya Masrafın Yapılmış Olması

Bundan anlaşılması gereken, ortak deniz macerası devam ederken karşılaşılan müşterek tehlikenin bertarafı için makul bir şekilde bilerek ve isteyerek olağanüstü bir fedakârlıkta veya olağanüstü bir harcamada bulunmaktır.⁷⁹ Dolayısıyla, bir fedakarlığın ya da masrafın müşterek avarya'dan sayılabilmesi, onun "olağanüstülülüğüne", "iradiliğine", "makuliyetine" ve "faydalı sonuç üretmesine" bağlıdır. Olmazsa olmaz nitelikteki bu 4 unsurun detaylı incelemesi şu şekildedir:

D) Olağanüstülülük Unsuru

Atılan ortak deniz macerasının olağan gidişatına aykırı, beklenmedik ve sıradışı bir tehlike gerçekleşirse, buna karşı koyabilmek adına yapılan fedakarlıklar/masraflar olağan değil olağanüstüdür.⁸⁰ Bu itibarla, örn. (a) tehlikenin bertarafı için yük denize atılmışsa⁸¹, (b) yük denize atılırken

⁷⁸ Bkz. *The Wordsworth* 88 Fed. Rep. 313 (1898) ve *Corrie v. Coulthard* (1877) 3 Asp. M.L.C. 546, ayrıca bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s.89-91 ve Çetingil/Kender/Ünan 2011, s. 39.

⁷⁹ Bkz. TTK m.1272/f.1 ve YAK 2004/kural A, f.1: "Bir müşterek avarya hareketi, ancak ve yalnız ortak deniz sergüzeştine katılmış olan malvarlığı unsurlarını (değerleri) karşılaştıkları bir tehlikeden korumak amacı ile müşterek selamet için bilerek ve makul bir şekilde olağanüstü bir fedakârlık veya harcama yapılması halinde vardır."

⁸⁰ Bkz. *Birkley v. Presgrave* (1801) 1 East 220 ve *Walker v. United States Ins. Co.* 11 S. & R. 61.

⁸¹ Bkz. *Gregson v. Gilbert* (1783) 3 Doug. KB. 232; *The Gratitude* (1801) 3 C. Rob. 240; *Price v. Noble* (1811) 4 Taunt. 123; *Lawrence v. Minturn* (1854) 17 How. 100; *Entwistle v. Ellis* (1857) 2 H. & N. 549; *Johnson v. Chapman* (1865) 19 C.B. (N.S.) 563; *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

gemiye ve/veya diğer yüke zarar verilmişse⁸², (c) gemideki yangın, ambarlarına su dökülmek veya lombarları açılarak batırılmak veya karaya oturtulmak suretiyle söndürülmeye çalışılırken yüke zarar verilmişse⁸³, (d) gemi bilerek ve isteyerek karaya oturtulmuşsa⁸⁴, (e) karaya oturmuş tehlike

Dickenson v. Jardine (1868) LR. 3 CP. 639; *Stewart v. West India & Pacific Steamship Co.* (1873) LR 8 QB 88 ve *Tudor v. Macomber*, 14 Pick. 34. Ayrıca, yük'ten ziyade geminin parçalarının denize atılmış olduğu davalar için bkz. *Birkley v. Presgrave* (1801) 1 East 220; *Plummer v. Wildman* (1815) 3 M. & S. 482; *Whitecross Wire Co. Ltd. v. Savill* (1882) 8 Q.B.D. 653; *The Bona* [1895] P. 125 ve *Austin Friars Steamship Co. Ltd. v. Spillers & Bakers Ltd.* [1915] 3 KB 586. Müşterek avaryadan sayılmayan denize atmalar hakkında bkz. YAK 2004/m.4: "Daha önce, kaza sebebi ile kopmuş veya fiilen değerini kaybetmiş gemi kısmı veya kırık döküklerin kesilip atılması ile meydana gelen ziya veya hasar müşterek avarya sayılmaz." ve ilgili davalar: *Covington v. Roberts* (1806) 2 Bos. & Pull. New. Rep. 378; *Power v. Whitmore* (1815) 4 M. & S. 141; *Johnson v. Chapman* (1865) 35 L.J.C.P. 26, s.29; *Shepherd v. Kottgen* (1877) 2 C.P.D. 578, s.581-589; *Corrie v. Coulthard* (1877) 3 Asp. M.L.C. 546, s.567; *The Pendragon Castle* (1924) 5 Fed. Rep. 56 (2nd Series) ve *Scudder v. Bradford* 14 Pick.13. Ayrıca YAK 2004/m.1'e göre, yerleşmiş ticari teamüle uygun şekilde taşınmayan yükün denize atılması müşterek avarya sayılmaz. Bu bağlamda, bkz. *Gould v. Oliver* (1865) 19 C.B. (N.S.) 563; *Wright v. Marwood* (1881) 7 Q.B.D. 62; *Burton v. English* (1883) 10 Q.B.D. 442- 12 Q.B.D. 218; *Dixon v. Royal Exchange Shipping Co.* (1886) 12 App. Cas. 11 ve *Strang v. Scott* (1889) 14 App.Cas. 601.

⁸² Bkz. YAK 2004/m.2: "Müşterek deniz sergüzeştine katılmış olan varlıkların müşterek selâmeti için yapılan fedakârlık suretiyle veya bunun sonucu olarak doğan ve müşterek selâmet uğruna yüklerin atılması amacıyla açılan ambar kapaklarından veya başka yerlerden giren suların sebep olduğu ziya veya hasar müşterek avarya sayılır." Ayrıca bkz. *The Felix* (1927) A.M.C. 844.

⁸³ Bkz. YAK 2004/m.3: "Gemide çıkan yangını söndürmek için gemi veya yüke veya bunlardan birine su ile veya yanmakta olan gemiyi karaya oturtma veya lombarlarını açarak batırmak da dâhil olmak üzere başka surette verilen zarar müşterek avarya sayılır. Ancak dumanın veya yangının sıcaklığının sebep olduğu zararlar için tazminat ödenmez." Ayrıca bkz. *Nimick v. Holmes* (1855) 2 Pennsylvania 366; *Stewart v. West India & Pacific S.S. Co.* (1873) L.R. 8 Q.B. 88; *Whitecross Wire Co. Ltd. v. Savill* (1882) 8 Q.B.D. 653; *Marine Ins. Co. v. New York & Cuba Mail S.S. Co.* (1896) 70 Fed. Rep. 262; *Papayanni v. Grampian S.S. Co.* (1896) 1. Com. Cas. 448 ve *Anglo-Grecian Steam Trading Co. v. T. Beynon & Co.* (1926) 24 Ll.L.R. 122.

⁸⁴ Bkz. YAK 2004/m.5: "Gemi, müşterek selâmet uğruna bile bile karaya oturtulursa, sahile sürüklenmiş olup olmadığına bakılmaksızın müşterek deniz sergüzeştine katılan varlıklarda bu yüzden meydana gelen ziya veya hasar müşterek avarya sayılır." Gemi, örn. derin sularda batmasın diye veyahutta kayalara sürüklenip yükü ile birlikte tamamıyla ziya olmasın diye iradi bir şekilde karaya oturtulabilir. Bu bağlamda, bkz. *Sims v. Gurney* (1812) 4 Binn. 525; *Caze v. Reilly* 5 F. Cas. 332 (C.C.D. Pa. 1814) (No: 2538); *Columbian Insurance Co. v. Ashby & Stribling* 38 U.S. (13 Pet.) 331 (1839); *Barnard* YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

içindeki gemi, makine ve kazanları zorlanarak tekrar yüzdürülmeye çalışılırken hasara uğratılmışsa⁸⁵, (f) geminin sevki için malzemeleri, kumanyası ve yükü yakıt olarak kullanılmışsa⁸⁶, klasik anlamda olağanüstü bir fedakarlıktan bahsedebiliriz. Diğer yandan, masraflar açısından bakıldığında, örn. (a) karaya oturmuş gemiyi hafifletmek adına mavna kiralansa, (b) bu mavnaya transfer ve gemiye tekrar yükleme esnasında yüke ya da gemiye zarar verilmişse,⁸⁷ (c) kazaya uğramış geminin sığındığı limanda zaruri tamirata yaptırılmışsa,⁸⁸ (d) bu tamirat süresince gemi adamlarının

v. *Adams* 51 U.S. (10 How.) 270 (1850); *Gray v. Waln*, 2 Serg. & R. 229 ve *Merithew v. Sampson*, 4 Allen, 192. Ayrıca bkz. YAK 2004/kural A uyarınca *The Seapool* [1934] P. 53.

⁸⁵ Bkz. YAK 2004/m.7: "Tehlikeli durumda karaya oturmuş bir geminin makine ve kazanlarından herhangi birine, gemiyi yüzdürmek için sarfedilen gayretler yüzünden verilen hasar, yüzdürmenin gerçekten müşterek selamet uğruna veya böyle bir hasar riskine rağmen göze alınmış olduğunun anlaşılması halinde, müşterek avarya sayılır. Ancak, yükte olan geminin kazanlarının ve pervaneyi harekete geçiren makinesinin çalıştırılmasından doğan ziya veya hasar hiç bir şekilde müşterek avarya sayılmaz." İlgili davalar için bkz. *Roberts v. The Ocean Sea* (1860) 20 Fed. Cas. 11908; *The Bona* [1895] P. 125; *Willcox v. American Smelting Co. ('The Trojan')* (1913) 210 Fed. Rep. 89; *Charter Shipping Co. Ltd. v. Bowring, Jones & Tidy Ltd.* (1930) 36 Ll. Rep. 272; *The Mincio* (1936) A.M.C. 1765 ve *Corfu Navigation v. Mobil Shipping ('The Alpha')* [1991] 2 Lloyd's Rep. 515.

⁸⁶ Bkz. YAK 2004/m.9: "Yük, gemi malzemeleri ve kumanya veya bunlardan biri tehlike karşısında müşterek selamet için zaruret halinde yakıt olarak kullanılmışsa, müşterek avarya kabul edilecektir. Ancak, gemi malzemesi veya kumanyanın bedeli bu şekilde müşterek avarya sayıldığı halde, söz konusu yolculuğun tamamlanması için tüketilecek olan yakıtın tahmini bedeli müşterek avaryadan düşürülür." Ayrıca bkz. *Harrison v. Bank of Australasia* (1872) LR. 7 Ex. 39 ve *Robinson v. Price* (1877) 2 Q.B.D. 295- (1876) 2 Q.B.D. 91. Karşılaştırmak için bkz. *Walford de Baedemaeker v. Galindez* (1897) 2 Com. Cas. 137; *Blackett v. Royal Exchange Assurance Co.* (1832) C. & J. 244 ve *Lenox v. United Insurance Co.* (1802) 3 Johns NY Cas. 178 (NY SC).

⁸⁷ Bkz. YAK 2004/m.8: "Karaya oturmuş bir geminin yük, yakıt ve kumanyası veya bunlardan herhangi birinin boşaltılması müşterek avarya sayılıyor ise, hafifletilmenin ek gideri, mavna kirası, eğer yapılmışsa tekrar yükleme ve bunun sonucunda müşterek deniz sergüzeştine katılan varlıkların uğradıkları ziya veya hasar müşterek avarya sayılır."

⁸⁸ Bkz. YAK 2004/m.10, f. b(i): "Yükleme, ara veya barınma liman veya yerinde, yük, yakıt veya kumanyayı boşaltmak veya gemi içinde elden geçirmek için yapılan giderler, bu boşaltma veya elden geçirme müşterek selamete ulaşılması bakımından veya kaza veya fedakarlıktan ileri gelen gemi hasarlarının, yolculuğun selamete tamamlanması için gerekli olan tamiri yönünden zorunlu olmak şartı ile müşterek avarya sayılır. Ancak, gemideki hasar, bir yükleme veya ara limanı veya yerinde tesbit edilmiş olup, bu hasarın yolculuktaki kaza veya olağanüstü şartlarla herhangi bir ilgisi yoksa, bunun tamiri için YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

çalışma ücretleri, bakım giderleri, yakıt ve erzak giderleri ödenmişse⁸⁹, (e) korsanlarca elkonulan geminin kurtarılması için fidye ödenmişse, (f) bu elkoyma müddetince gemi adamlarının maaşları, bakım giderleri, yakıt ve erzak giderleri yüklenilmişse⁹⁰, (g) müşterek avaryadan sayılabilecek bir masrafın yerine daha düşük bedelli bir masraf (yani, ikame masraf) yapılmışsa⁹¹, olağanüstülükten sözedebiliriz.⁹²

Ancak öyle olaylar vardır ki, bunlarda fedakarlığın/masrafın olağan mı yoksa olağanüstü mü olduğu kolayca tespit edilememektedir. İşte böylesi durumlarda, başta navlun sözleşmesi olmak üzere her olayın kendi iç

yapılan elden geçirme veya boşaltma giderleri müşterek avarya olarak kabul edilmeyecektir."

⁸⁹ Bkz. YAK 2004/m.11, f. a: "Geminin bir barınma liman veya yerine girmesi veya yüklemeye limanı veya yerine dönmesi nedeniyle uzayan yolculukta, kaptan, zabitan ve mürettebatın makul ölçüler içindeki ücret ve bakım giderleriyle tüketilen yakıt ve kumanya Kural X (a) hükmüne göre böyle bir veya yere girme masraflarının müşterek avarya sayılması halinde, müşterek avaryaya kabul edilir."ve YAK 2004/m.11, f. c(i): "Bir gemi, kaza, fedakarlık veya diğer olağanüstü haller sonucu müşterek selamet uğruna veya fedakârlık veya kaza ile geminin uğradığı hasarların yolculuğun emniyet içinde devamı yönünden tamir zorunluluğu karşısında, herhangi bir liman veya yere girer veya orada kalırsa, bu liman veya yerde geminin yola devamı için hazır hale getirildiği veya getirilmesi gerektiği ana kadar geçen ek durma devresinde tüketilen kumanya ve yakıt müşterek avaryaya girmeyen tamirlerin yapılması sebebiyle tüketilenler hariç olmak üzere, müşterek avaryaya kabul edilir." İlgili davalar için bkz. *Da Costa v. Newnham* (1788) 2 TR 407; *Plummer v. Wildman* (1815) 3 M. & S. 482; *Power v. Whitmore* (1815) 4 M. & S. 141; *Job v. Langton* (1856) 6 E. & B. 779; *Atwood v. Sellar* (1880) 5 Q.B.D. 286; *Svensen v. Wallace* (1885) 10 App. Cas. 404- (1884) 13 Q.B.D. 69- (1883) 11 Q.B.D. 616; *McCall v. Houlder* (1897) 2 Com. Cas. 129; *Anglo -Argentine Live Stock Co. v. Temperley SS Co.* [1899] 2 Q.B. 403; *Hamel v. Peninsular and Oriental Steam Navigation Co.* [1908] 2 K.B. 298 ve *Anglo-Grecian Steam Trading Co. v. T. Beynon & Co.* (1926) 24 L.L. Rep. 122. Ayrıca YAK 2004/kural A'nın uygulandığı hal için bkz. *Trade Green Shipping Inc. v. Securitas Bremer Allgemeine Versicherungs AG* ('The Trade Green') [2000] 2 Lloyd's Rep 451.

⁹⁰ Bkz. YAK 2004/kural A ve ilgili davalar: *Hicks v. Palington* (1590) Moore's Q.B. 297; *Covington v. Roberts* (1806) 2 Bos. & Pull. New. Rep. 378; *Masefield AG v. Am-lin Corporate Member Ltd.* ('The Bunga Melati Dua') [2011] EWCA Civ. 24- [2010] EWHC 280 (Comm.) ve *Mitsui & Co. Ltd. v. Beteiligungsgesellschaft LPG Tankerflotte MbH & Co. KG* ('The Longchamp') [2014] EWHC 3445 (Comm).

⁹¹ Bkz. YAK 2004/kural F: "Müşterek avarya olarak kabul edilecek bir masrafın yerine yapılacak her ilave masraf, varsa diğer ilgililerce elde edilebilecek tasarrufa bakılmaksızın, kaçınılan müşterek avarya tutarından fazla olmamak üzere müşterek avarya kabul edilecektir." Ayrıca bkz. *The Bona* [1895] P. 125 ve *The Bijela* [1994] 2 Lloyd's Rep. 1.

⁹² Bkz. Mandaraka-Sheppard 2013, s.663-664 ve Cooke 2014, s. 596-598.

dinamikleri mecburen ele alınır.⁹³ Bu bağlamda verilmiş olan yargı kararlarına göre, aksi navlun sözleşmesinde belirtilmedikçe⁹⁴, donatanın güvenli seyri sağlamak amacıyla gemisindeki yardımcı makineleri kullanması ve buna uygun miktarda yakıtı temin etmesi işinin doğası gereğidir. Dolayısıyla, bu makinelerin aşırı kullanımından kaynaklanan tamir giderleri ile ekstra yakıt giderleri olağan masraflar'dır.⁹⁵ Bunun içindir ki; fırtınada yelkenlerini kaybeden geminin eldeki tek alternatif olan yardımcı buharlı pervaneyle yolculuğuna devam ettirildiği bir olayda- katlanılan ekstra kömür gideri⁹⁶, hasarlı geminin batmaması için yardımcı buharlı motorla sızan suyun aralıksız olarak dışarıya pompalattırıldığı bir diğer olayda- katlanılan ekstra kömür gideri ve motorun tamir bedeli⁹⁷, donatan üzerindeki tüm ağırlığa rağmen olağanüstü değil olağan masraf olarak kabul edilmiştir.⁹⁸ Diğer yandan, ortak tehlikeyi bertaraf etmek için gerçek kullanım amacı dışında kullanılan bir gemi ekipmanına/parçasına verilen zarar ziyan olağanüstü'dür.⁹⁹ Bu nedenle, asli görevi gemiyi sabitlemek olan çapanın çatmayı önlemek adına fren olarak kullanıldığı bir olayda, demirin zincirinden kurtularak denize düşmüş olması olağanüstü bir fedakarlık olarak addedilmiştir.

II) İradilik Unsuru

Bilinçli bir seçimle kasten yapılan olağanüstü fedakarlıklar/masraflar iradidir.¹⁰⁰ Bu nedenle, "ihmalen/kazaen gerçekleşen olaylara" binaen yapılan

⁹³ Bkz. Hodges 1996, s.439 ve Baughen 2012. Ayrıca bkz. *Mitsui & Co. Ltd. v. Beteiligungsgesellschaft LPG Tankerflotte MbH & Co. KG* [2014] EWHC 3445 (Comm) para. 66.

⁹⁴ Donatanlar, YAK 2004'ün numaralandırılmış maddeleri üzerinde kendi lehlerine değişiklik yaparak kural A'da benimsenen dar kapsamlı olağanüstü'lük anlayışını genişletebilirler. Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s. 104.

⁹⁵ Bkz. *Wilson v. Bank of Victoria* (1867) LR. 2 QB. 203 ve *The Bona* [1895] P. 125. Karşılaştırmak için bkz. *Notara v. Henderson* (1872) L.R. 7 Q.B. 225 ve *The Bijela* [1992] 1 Lloyd's Rep. 636, s. 643.

⁹⁶ Bkz. *Wilson v. Bank of Victoria* (1867) L.R. 2 Q.B. 203.

⁹⁷ Bkz. *Harrison v. Bank of Australasia* (1872) LR. 7 Ex. 39 ve *Robinson v. Price* (1877) 2 Q.B.D. 295- (1876) 2 Q.B.D. 91.

⁹⁸ Karşılaştırmak için bkz. *Covington v. Roberts* (1806) 2 Bos. & Pull. New. Rep. 378 ve *Power v. Whitmore* (1815) 4 M. & S. 141.

⁹⁹ Bkz. *Birkley v. Presgrave* (1801) 1 East 220, s.228 ve *The Bona* [1895] P. 125, s.138.

¹⁰⁰ Bkz. dipnot 79 ve ilgili davalar: *Price v. Noble* (1811) 4 Taunt. 123; *Barnard v. Adams* 51 U.S. (10 How.) 270 (1850); *Lee v. Grimell*, 12 N.Y. Super Ct. 400 (N.Y., 1856); *The YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2* (2014) - *YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1* (2015)

olağanüstü fedakarlıklar/masraflar iradi değildir. Bu itibarla, örn. (a) gemi kayalıklara çarpmasın diye kıyının daha güvenli bir kısmına bile bile oturtulmuşsa¹⁰¹, (b) gemi batmasın diye bilinçli bir şekilde rıhtıma çarptırılmışsa¹⁰², (c) gemide çıkan yangına, diğer ambarlara sıçrama olmasın diye, yüke rağmen su sıkıştırılmışsa¹⁰³, iradilik vardır. Diğer yandan, gemi tüm çabalara karşın fırtınada sürüklenerek kayalara oturmuşsa iradilik yoktur burada aslen kazai bir olay vardır. Ancak böylesi bir irade yokluğu, olayın müteakibinde oluşan müşterek tehlikenin giderilmesinde bilerek ve isteyerek yapılan fedakarlıkları/masrafları etkilemez, onları iradesizleştirmez. Bu sebepten ötürü, kazaen kayalara oturma örneğinde sonradan şiddetlenen dalgaların gemiyi bir yandan diğer yana sürekli olarak savurması omurgayı kırma riski yarattığında, yük dolu ambarlara su basılıp geminin ağırlaştırılarak savrulmasının önüne geçilmesi iradi bulunmuştur.¹⁰⁴ Ayrıca, dikkatsizlik sonucu kuma saplanan bir geminin tekrar yüzdürülebilmesi için örn. yükünün bir kısmı denize atılmışsa ya da yükü hafifletme maksadıyla mavnalara transfer edilmişse ya da kendisi römorkla derin sulara çektirilmişse ya da makine ve kazanları aşırı zorlama neticesinde arızalanmışsa, iradilik mevcuttur.¹⁰⁵

İradesini konuşurarak olağanüstü fedakarlığın/masrafın yapılmasına karar verecek olan kişi, geminin idaresini elinde bulunduran kişi- yani kap-

Star of Hope, 76 U.S. 9 Wall 203 (1869); *The Roanoke* (1893) 59 Fed. Rep. 161; *Papayanni v. Grampian S.S. Co.* (1896) 1. Com. Cas. 448; *The Leitrim* [1902] P. 256; *The Beatrice* (1924) A.M.C. 914; *Australian Coastal Shipping Commission v. Green* [1971] 1 Q.B. 456 ve *Corfu Navigation v. Mobil Shipping ('The Alpha')* [1991] 2 Lloyd's Rep. 515.

¹⁰¹ Bkz. *Sims v. Gurney* (1812) 4 Binn. 525; *Caze v. Reilly* 5 F. Cas. 332 (C.C.D. Pa. 1814) (No: 2538); *Columbian Insurance Co. v. Ashby & Stribling* 38 U.S. (13 Pet.) 331 (1839); *Gray v. Waln*, 2 Serg. & R. 229; *Barnard v. Adams* 51 U.S. (10 How.) 270 (1850) ve *Merithew v. Sampson*, 4 Allen, 192.

¹⁰² Bkz. *Austin Friars Steamship Co. Ltd. v. Spillers & Bakers Ltd.* [1915] 3 KB 586

¹⁰³ Bkz. *Nimick v. Holmes* (1855) 2 Pennsylvania 366; *Stewart v. West India & Pacific S.S. Co.* (1873) L.R. 8 Q.B. 88; *Achard v. Ring* (1874) 2 Asp. MLC 422; *Whitecross Wire Co. Ltd. v. Savill* (1882) 8 Q.B.D. 653; *Marine Ins. Co. v. New York & Cuba Mail S.S. Co.* (1896) 70 Fed. Rep. 262; *Papayanni v. Grampian S.S. Co.* (1896) 1. Com. Cas. 448; *Greenshields v. Stephens* (1908) 1 K.B. 51 ve *Anglo-Grecian Steam Trading Co. v. T. Beynon & Co.* (1926) 24 Ll.L.R. 122.

¹⁰⁴ Bkz. *Pacific Mail S.S. Co. v. Dupre* (1896) 74 Fed. Rep. 250.

¹⁰⁵ Bkz. Lowndes/Rudolf 1997, s.78 ve Çetingil/Kender/Ünan 2011, s. 41.

tanın kendisidir.¹⁰⁶ Kaptan böylesi bir kararı vermeden önce güvendiği gemi adamlarının, donatanın, yük ilgisinin, sigortacının ve hatta ortak deniz macerasına yabancı kişilerin (örn. liman otoritesi, kurtarma ekipleri, yangın söndürme ekipleri vb.) dahi fikrini alabilir. Burada belirleyici olan, nihai kararın kaptanın iradesini yansıttığı olmasıdır. Dolayısıyla, üstün otorite tarafından kamunun menfaati gözetilerek verilen bir emri uygulamaktan başka seçeneği olmayan kaptan açısından iradiliğin gerçekleştiği söylenemez. Bu bağlamda, örn. (a) savaş sebebiyle dahil olunan konvoyun komutanınca verilen "düşman saldırısından kaçınmak için geminizi derhal yükleme limanına geri döndürün" emrine diğer kaptanlarla birlikte uyulmuşsa¹⁰⁷ veya (b) rıhtıma bağlıyken çıkan yangının diğer gemilere sıçramaması için liman yetkililerince verilen "lombaları açıp geminizi derhal batırın" emrine kaptanca uyulmuşsa¹⁰⁸, iradilikten bahsedemeyiz. Ama, ne zamanki otoritenin emri kamunun menfaatinden ziyade geminin ve yükün müşterek menfaatini korumayı hedefler ve kaptanca da uygun bulup icrasına izin verilir, işte o zaman iradilikten söz edebiliriz.¹⁰⁹ Aynı şekilde, kaptanın bizzat kendisine ait olmayan ve fakat müşterek menfaatin korunması açısından uygun bulup ifasına izin verdiği başkalarına ait kararlar da onun iradesini yansıtır nitelikte olduklarından iradi sayılır. Bu nedenle, kaptanın donatan tarafından kiralanan römorklerin çalışmasına izin vermesi¹¹⁰ ya da donatanın talebi üzerine gelen yangın söndürme ekibinin yürütüğü çalışmaya onay vermesi¹¹¹ iradidir.

¹⁰⁶ Bkz. *Price v. Noble (1811)* 4 Taunt. 123.

¹⁰⁷ Bkz. *Athel Line Ltd. v. Liverpool & London War Risks Insurance Association Ltd. [1944]* KB 87.

¹⁰⁸ Bkz. *Ralli v. Troop* 157 U.S. 386 (1895); *The Mary Frost* (1876) 2 Woods, 306, Fed. Cas. No. 3,592; *The Cherokee* 31 Fed. 167; *Wamsutta Mills v. Old Colony Steamboat Co.* 137 Mass. 471 (1883); *Minneapolis, St. P. & B.S.S. Co. v. Manistee Transit Co.* 156 Fed. Rep. 424 (1907) ve *Andree-Moran No.16* (1930) A.M.C. 631. Karşılaştırma için bkz. *Papayanni v. Grampian S.S. Co.* (1896) 1. Com. Cas. 448 ve *The Roanoke* (1893) 59 Fed. Rep. 161.

¹⁰⁹ Bkz. *The Roanoke* (1893) 59 Fed. Rep. 161; *Papayanni v. Grampian S.S. Co.* (1896) 1. Com. Cas. 448 ve *The Beatrice* (1924) A.M.C. 914.

¹¹⁰ Bkz. *Australian Coastal Shipping Commission v. Green* [1971] 1 Q.B. 456.

¹¹¹ Bkz. *The Beatrice* (1924) A.M.C. 914.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

III) Makuliyet Unsuru

Müşterek avarya'dan söz edebilmek için olağanüstü ve iradi fedakarlığın/masrafın aynı zamanda "makul surette yapılmış olması" gerekir¹¹²- ki bu da, fedakarlığın/masrafın ortak tehlikeyi bertaraf etmeye uygun ve elverişli nitelikte olması anlamına gelir. Bu itibarla makuliyet, bir olaydan bir diğerine değişebilen ve hatta bir kaptanın bakış açısından bir diğerininkine farklılık gösterebilen son derece spekülatif bir unsurdur. Ancak bu özelliğine rağmen makuliyet aksi ispat edilinceye kadar var kabul edilir- ki buradaki ispatta sadece "basiretli bir kaptanca, müşterek tehlike anındaki aciliyet ve koşullar içinde ortak menfaatleri kısmen veya tamamen korumak adına olaydaki kaptandan farklı bir hareket tarzı izlenerek onun yaptığı fedakarlığın ya da masrafın kuvvetle muhtemel yapılmayacağını" ortaya konulmasıyla sağlanır.¹¹³

Denize atma müşterek avaryalarında, feda edilenin yükte ağır pahada hafif olması makuliyet açısından önemli bir kıstastır ama tek başına yeterli değildir çünkü ayrıyeten feda edilenin kolayca denize atılıp atılamayacağı, atım sonrasında istifte sorun yaratıp yaratmayacağı gibi hususlarda dikkate alınmalıdır.¹¹⁴ Diğer yandan, bir masrafın makuliyetinden bahsedebilmek için hem onun bizzat kendisinin makul olması hem de bedelinin makul olması (yani, fahiş olmaması) gerekir. Masrafın bizzat kendisi bakımından, örneğin, bozuk bir makine müşterek tehlikeyi bertarafa hiçbir faydası olmayacağı biline biline zorlanır ve neticesinde perte çıkartılırsa, makuliyetten söz edilemez. Masrafın bedeli bakımından ise, basiretli bir kaptanın nazarından bakıldığında bedel olaydaki kaptandan farklı olarak tehlike anındaki şartlara ve tehditin ağırlığına uygun bulunmazsa, makuliyetten bahsedilemez. Bu sebeple, bedelin fahiş mi yoksa makul mü olduğuna karar verilirken, ne ücret alacaklısının güttüğü maddi çıkara ne de masrafın

¹¹² Bkz. dipnot 79, s.19 ve YAK 2004/Üstün Kural: "Makul ölçüler içinde yapılmayan fedakarlık ve masraflar için, hiçbir halde paylaşırma yapılmayacaktır."

¹¹³ Bkz. *Ocean Steamship Co. v. Anderson* (1883) 13 Q.B.D. 651, s.662; *Phelps, James & Co. v. Hill* [1891] 1 Q.B. 605; *Anglo-Grecian Steam Trading Co. v. T. Beynon & Co.* (1926) 24 Ll.L.R. 122; *The Seapool* [1934] P. 53, s.64&65; *Athel Line Ltd. v. Liverpool & London War Risks Insurance Association Ltd.* [1944] KB 87, s.93 ve *The Abt Rasha* [2000] 2 Lloyd's Rep. 575.

¹¹⁴ Bkz. *Whitecross Wire Co. Ltd. v. Savill* (1882) 8 Q.B.D. 653, s.663 ve *Montgomery v. Indemnity Mutual Marine Insurance Co.* [1902] 1 KB 734, s. 740.

daha cüzzî bir ücretle yaptırılabilir olmasına bakılır.¹¹⁵ Masrafın fahiş bedelle yaptırılmış olduğu tespit edilirse, bunun sadece ve sadece makul sınırlar içinde kalan kısmı müştereken paylaştırmaya tabii tutulur. Bu bağlamda, örn. donatanın tehlike içindeki gemisini önceden imzalamış olduğu bir römorkaj hizmet sözleşmesi uyarınca çektirerek emniyete aldirdığı bir olayda, makul bulunan çektirme masrafının bedeli basiretli kaptan testi uyarınca fahiş bulunmuş ve bu itibarla çektirme ücretinin yalnızca makul bulunan kısmı müşterek avaryadan sayılmış, geri kalan fazlaya dair kısmı ise şahsen donatanın üstünde bırakılmıştır.¹¹⁶

IV) Faydalı Sonuç Unsuru

Olağanüstü, iradi ve makul bir fedakarlığa/masrafa iştirak, ancak ve ancak gemi, yük, diğer eşya ve navlun menfaatlerinden herhangi birisi kısmen veya tamamen kurtarılmışsa mümkün olur çünkü aksi takdirde fayda sağlayan biri olamayacağından zarara iştirak edecek muhatapta bulunamaz. Örneğin yükü atılarak hafifletilmeye çalışılan bir geminin tüm çabalara karşın açık denizde tamamiyle batması olayında, her ne kadar denize atma müşterek avaryası gerçekleşmiş bile olsa menfaat sahibi herkes kaybeden pozisyonunda olacağından zararın müştereken paylaşılması mümkün olmaz ve dolayısıyla herkes kendi zararına şahsen katlanmak zorunda kalır.¹¹⁷ Diğer yandan, bir menfaat kurtarılmışsa ve bu menfaat yolculuğun sonunda az ya da çok maddî bir değere haizse, menfaatin sahibi açısından iştirak sorumluluğu doğar. Bu sorumluluktan, ne donatanca tanınmış bir imtiyaza (örn. taşıma hizmetinin bedava yapılmış olması gibi) sığınılarak

¹¹⁵ Bkz. *The Gratitude* (1801) 3 C. Rob. 240; *Anderson v. Ocean Steamship Co.* (1884) 10 A.C. 107, s.117- (1883) 13 Q.B.D. 651, s.662 ve *Australian Coastal Shipping Commission v. Green* [1971] 1 Q.B. 456, s.483-486. Ayrıca bkz. Çetingil/Kender/Ünan 2011, s.46-47 ve Mohamed 2014, s. 63.

¹¹⁶ Bkz. *Corrie v. Coulthard* (1877) 3 Asp. M.L.C. 546 ve *Corfu Navigation v. Mobil Shipping ('The Alpha')* [1991] 2 Lloyd's Rep. 515.

¹¹⁷ Bkz. *Columbian Insurance Co. v. Ashby & Stribling* 38 U.S. (13 Pet.) 331, s.338 (1839); *Barnard v. Adams* 51 U.S. (10 How.) 270, s.303 (1850); *The Star of Hope* 76 U.S. 9 Wall. 203, s.228 (1869); *Ocean Steamship Co. v. Anderson* (1883) 13 Q.B.D. 651, s.662; *Chellew v. Royal Commission on the Sugar Supply* [1921] 2 K.B. 627, s.639- [1922] 1 KB 12, s.19-20 ve *Ultramar Canada Inc. v. Mutual Marine Office Inc. ('The Pointe Levy')* [1995] 1 F.C. 341, s.362. Ayrıca bkz. *Drobnig* 1981, s.141-142; Tetley 2003, s.15-16; Rose 2005; Çetingil/Kender/Ünan 2011, s.47-48 ve *Cooke* 2014, s.610-611.

ne de menfaatin yapılan fedakarlıktan/masraftan başka bir şeye binaen kurtarıldığına sığınarak kaçılabilir.¹¹⁸

III. SONUÇ

Deniz sigortasının var olmadığı çok eski zamanlarda bir tür güvence unsuru olarak geliştirilen ve deniz taşımacılığındaki yüksek riski hakkaniyet uyarınca dağıtarak hafifletmeye çalışan müşterek avarya kurumu, ihtiyaçlar doğrultusunda değişerek ve gelişerek günümüze kadar varlığını devam ettirmiştir. Yapılan son uluslararası çalışmalar neticesinde dünya genelinde işlerliği olan bir müşterek avarya hukukuna detaylarda olmasa bile esaslarda ulaşılmıştır- ki burada müşterek avaryanın olmazsa olmaz unsurları açısından hem detaylarda hem de esaslarda bir birlik sağlandığı söylenebilir. Ülkemizde parçası olduğu uluslararası camianın çalışmalarına sessiz kalmayarak oluşturulan ortak hukuku mevzuata dahil etmiş ve böylece müşterek avaryanın unsurlarına dair kurallara bu çerçevede uyum kazandırmıştır.

KAYNAKÇA

Abbott 1802: ABBOTT C, *A Treatise of the Law relative to Merchant Ships and Seamen*, London (1802).

Abou-nigm 2011: ABOU-NIGM V.R, *The Arrest of Ships in Private International Law*, New York (2011).

Algantürk 2004/1: ALGANTÜRK LIGHT D, "Müşterek Avarya-York Anvers Kuralları 1994 Revizyon Çalışmaları ile Getirilen Yenilik ve Düzenlemeler", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: VIII, Sayı:1-2 (2004), 583-591.

Algantürk 2004/3: ALGANTÜRK LIGHT D, "York Anvers Kuralları 2004 Hakkında Genel Bir İnceleme", *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: VIII, Sayı:3-4 (2004), 419-437.

Alkan 2003: ALKAN P, "Müşterek Avarya ve New Jason Klozu", *Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, (2003), 123-138.

¹¹⁸ Bkz. *The Gratitude* (1801) 3 C. Rob .240, s.278 ve *Fletcher v. Alexander* (1868) LR. 3 CP. 375.

Anderson 2009: ANDERSON H.E III, "Risk, Shipping and Roman Law", *Tulane Maritime Law Journal*, Vol:34, No:1 (Winter 2009), 183-210.

Baker 1979: BAKER J.H, "The Law Merchant and the Common Law Before 1700 ", *The Cambridge Law Journal*, Vol: 38, Issue: 02 (1979), 295-322.

Barlas 1984: BARLAS N, "Yangın Söndürme Müşterek Avaryası", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: L, Sayı: 1-4 (1984), 479- 504.

Baughen 2012: BAUGHEN S, *Shipping Law*, Oxford (2012).

Benedict 1909: BENEDICT R.D, "The Historical Position of the Rhodian Law", *The Yale Law Journal*, Vol: 18, No:4 (1909), 223-242.

Berki 1950: BERKİ Ş, "Roma'da Borçların Kaynakları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 3-4 (1950), 378-413.

Brown 1998: BROWN C.W, "The Fifth Circuit Alters the Analysis for Determining General Average Events in New Jason Clause Cases and Restricts the Application of The Pennsylvania Rule: Usinas Siderugicas de Minas Geras, SA-Usiminas v. Scindia Steam Navigation Co.", *Tulane Maritime Law Journal*, Vol: 22 (1998), 659.

Buglass 1991: BUGLASS L.J, *Marine Insurance and General Average in the United States: an average adjuster's viewpoint*, Centreville (1991).

Chircop/Linden 2006: CHIRCOP/LINDEN, *Places of Refuge for Ships: Emerging Environmental Concerns of a Maritime Custom (Publications on Ocean Development)*, Leiden (2006).

Civir 2012: CİVİR ENGİN M, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Müşterek Avarya", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:18, Sayı:2 (2012), 507-514.

Cooke 2014: COOKE J, *Voyage Charters*, Oxford (2014).

Coghlin 2008: COGHLIN T, *Time Charters*, Oxford (2008).

Çetingil/Kender/Ünan 2011: ÇETİNGİL/KENDER/ÜNAN, *Müşterek Avarya Hukuku*, İstanbul (2011).

Doğanay 1975: DOĞANAY, İ, "Müşterek (Büyük) Avarya Sayılan Haller Nelerdir?", *Yargıtay Dergisi*, Cilt:3, Sayı:3-4 (1975), 229-245.

Drobnig 1981: DROBNIG, U, *International Encyclopedia of Comparative Law, Instalment 12*, Hamburg (1981).

Dunt 2012: DUNT J, *International Cargo Insurance*, Oxford (2012).
Emerigon 2005: EMERİGON B.M, *A Treatise on Insurances*, New Jersey (2005).

Ertan 2012: ERTAN E, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Müşterek Avarya ile ilgili Hükümlerinin Değerlendirilmesi*, Yeni Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Deniz Hukuku'nda Çatma, Kurtarma, Müşterek Avarya ve Sigorta Sempozyumu (11 Ocak 2012), http://www.turkishmla.org/Sunumlar/6102_sayili_kanuna_gore_musterek_avarya_erol_ertan.pdf (01 Ocak 2015 tarihinde erişildi).

Fernandez/Fernandez 1999: FERNANDEZ C.J.V and FERNANDEZ A.W.J., "Interpreting the Rule of Interpretation in the York-Antwerp Rules", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol: 30, No: 3 (1999), 413.

Flanders 1999: FLANDERS H., *A Treatise on Maritime Law*, New Jersey (1999).

Force 2004: FORCE R, *Admiralty and Maritime Law*, Federal Judicial Center <https://public.resource.org/scribd/8763552.pdf> (15 Mart 2015 tarihinde erişildi)

Force/Yiannopoulos/Davies 2006: FORCE/YIANNOPOULOS/DAVIES, *Admiralty and Maritime Law- Volume 2*, Washington D.C. (2006).

Force 2007: FORCE R, "Shipment of Dangerous Cargo by Sea", *Tulane Maritime Law Journal*, Vol: 31, Issue: 2 (2007), 315.

Fox 1919: FOX J.M, "The Importance of Maritime Law in Wisconsin", *Marquette Law Review*, Vol: 3, Issue: 2 (1919), 95-102.

Frankot 2007: FRANKOT E, "Medieval Maritime Law from Oléron to Wisby: Jurisdictions in the Law of the Sea", Ed. J. Pan-Montojo- F. Pedersen, *Communities in European History: Representations, Jurisdictions, Conflicts*. Pisa (2007), 151-172.

Frederick 2004: FREDERICK M, *The History of Lloyd's and of Marine Insurance in Great Britain*, New Jersey (2004).

Güçer 2009: GÜÇER S, "Lex Mercatoria in International Arbitration", *Ankara Bar Review*, Vol: 2, Issue: 1 (2009), 30-40.

Güner 2000: GÜNER M.D, "Türk Hukukunda Dispeçin Hazırlanması ve Uygulanması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LVIII, Sayı: 1-2 (2000), 149- 188.

Hall 1908: HALL H, *Select cases concerning the law merchant, Volume 1; Volume 23*, (1908).

Hayden/Leland 2010: HAYDEN R.P and LELAND K.C, "General Average- Issues to Consider", *the University of San Francisco Maritime Law Journal*, Vol: 23, No:1 (2010-2011), 103-117.

Hazelwood/Semark 2010: HAZELWOOD S.J. & SEMARK D., *P & I Clubs: Law and Practice*, London (2010).

Hodges 1996: HODGES S, *Law of Marine Insurance*, London (1996).

Hodges 1999: HODGES S, *Cases and Materials on Marine Insurance Law*, London (1999).

Hudson/Harvey 2010: HUDSON & HARVEY, *The York- Antwerp Rules*, London (2010).

Hunter 1803: HUNTER W.A, *A Systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code*, Sydney (1803).

Jervis 2005: JERVIS B., *Reeds Marine Insurance*, London (2005).

Kalis/Reiter/Segerdahl 1997: KALIS P.J, REITER T.M, SEGERDAHL J.R, *Policyholder's Guide to the Law of Insurance Coverage*, New York (1997).

Kaner 1987: KANER İ, "Müşterek Avaryada İkame Masrafları", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı: 2 (1987), 147- 153.

Kender/Çetingil 2010: KENDER/ÇETİNGİL, *Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları ile Birlikte) Temel Bilgiler*, İstanbul (2010).

Kent: KENT J, "Commentaries on American Law (1826-1830)", Vol:2, Part.5, Lect. 42, <http://lonang.com/library/reference/kent-commentaries-american-law/kent-42/> (01 Ocak 2015 tarihinde erişildi).

Kırkbeşoğlu 2006: KIRKBEŞOĞLU N, "Milletlerarası Ticarete Hakemlerin Lex Mercatoria'yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 64, Sayı: 1(2006), 259-290.

Kingston 2007: KINGSTON C, "Marine Insurance in Britain and America, 1720–1844: A Comparative Institutional Analysis", *The Journal of Economic History*, Vol: 67, No: 2 (2007), 379-409.

Kurul 2014: KURUL E., "Rhodos'luların Denizcilik Yasası", *Akdeniz Uygarlıkları Araştırmaları Dergisi (Cedrus)*, Cilt. 2 (2014), 527-549.

Lamikiz 2010: LAMIKIZ X, *Trade and Trust in the Eighteenth-Century Atlantic World: Spanish Merchants and Their Overseas Networks*, London (2010).

Li 1993: Lİ, "The Maritime Code of the People's Republic of China", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, (1993), 204-216.

Lowell, J. 1895: LOWELL J, "General Average", *Harvard Law Review*, Vol:9, Issue:3 (1895), 17-29.

Lowndes/Rudolf 1997: WILSON D.J and COOKE, J.H.S, Lowndes & Rudolf, *The Law of General Average and The York-Antwerp Rules*, London (1997).

Macdonald 1995: MACDONALD J, "General Average, Ancient and Modern", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, (1995), 480.

Maloof/Browne/Eagan LLC: MALOOF, BROWNE & EAGAN LLC, *General Average in the 21st Century: What are the arguments?*, the General Average Subcommittee of the Carriage of Goods Committee, Maritime Law Association of the United States, (2013), <http://www.mlaus.org/archives/library/2361.pdf> (01 Ocak 2015 tarihinde erişildi).

Mandaraka-Sheppard 2013: MANDARAKA-SHEPPARD A., *Modern Maritime Law: Volume 2: Managing Risks and Liabilities*, Oxford (2013).

Mangone 1997: MANGONE G.J, *United States Admiralty Law*, The Hague (1997).

McMahon 1999: McMAHON J.P, "Y2K: Maritime Law and Commerce Issues and Resources ", *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol: 30, No:4 (1999), 627- 648.

Mohamed 2014: MOHAMED A. H., "General Average A study of Emirati Law, York-Antwerp Rules and English Law", *Journal of Sharia & Law- UAE University*, Vol: 28, No: 58 (2014), 21-96.

Noussia 2007: NOUSSIA K, *The Principle of Indemnity in Marine Insurance Contracts: A Comparative Approach*, Heidelberg (2007).

Oğuz 2001: OĞUZ A, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 50, Sayı: 3 (2001), 11-52.

Okay 1959: OKAY S, “Müşterek Avarya Hukukunun Kısa Bir Tarihiçesi”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 24, Sayı:1-4 (1959), 289-308.

Özdemir 2003: ÖZDEMİR D, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı:1-2 (2003), 130.

Pagonis 2009: PAGONIS T.J, *The Chartering Practice Manual*, Piraeus (2009).

Pardessus 1837 : PARDESSUS J.M, *Collection des Lois Maritimes*, Paris (1837).

Rodman 1814: RODMAN J, *The Commercial Code of France with the Motives or Discourses of the Counsellors of State*, New York (1814).

Ronneberg 2013: RONNEBERG N.J, “Life Preserver: An Overview of U.S. Maritime Law for Non-Maritime Lawyers.”, *the University of San Francisco Maritime Law Journal*, Vol:26, No:1 (2013-2014), 1-52.

Rose 2005: ROSE F.D, *General Average Law and Practice*, London- Singapore (2005).

Rudolf 1927: RUDOLF G.R, "The York-Antwerp Rules: Their History and Development, with Comments on the Rules of 1924", *The Cambridge Law Journal*, Vol:3, No:1 (1927), 128-130.

Schoenbaum 2004: SCHOENBAUM T.J, *Admiralty and Maritime Law*, Washington (2004).

Scott 1932: SCOTT S. P, *The Civil Law*, Vol: I, Cincinnati (1932).

Steel 1821: STEEL D, *The Ship-Master's Assistant and Owner's Manual: containing General Information, Necessary for Merchants, Owners and Masters of Ships, Officers and all other Persons Concerned or Employed in The Merchant-Service, relative to the Mercantile and Maritime Laws and Customs*, London (1821).

Tabrisky 1998: TABRISKY J.P, "Recent Developments in the Carriage of Cargo", *Tulane Maritime Law Journal*, Vol: 22, No:2 (1998), 535-544.

Teetor 1962: TEETOR P.R, "England's Earliest Treatise on the Law Merchant: The Essay on Lex Mercatoria from The Little Red Book of Bristol (Circa 1280 AD)", *The American Journal of Legal History*, Vol: 6, No: 2 (1962), 178-210.

Tetley 1994: TETLEY W, "The General Maritime Law- The Lex Maritima (With a Brief Reference to the IUS Commune in Arbitration Law and the Conflict of Laws) ", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, (1994), 105-145.

Tetley 1999: TETLEY W, "Maritime Law as a Mixed Legal System (With Particular Reference to the Distinctive Nature of American Maritime Law, Which Benefits from both Its Civil and Common Law Heritages)", *Tulane Maritime Law Journal*, Vol: 23 (1999), 317-350.

Tetley 2001: TETLEY W, "Maritime Transportation", Vol: XII Law of Transport, *International Encyclopedia of Comparative Law*, (2001).

Tetley 2003: TETLEY W, "General Average Now and in the Future", *Liber Amicorum R. Roland*, Brussels (2003), 419-450.

Türkantos 2007: TÜRKANTOS ARDA Z.A., *Müşterek Avarya'da Son Gelişmeler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul 2007.

Twiss 1873: TWISS T, *The Black Book of the Admiralty*, London (1873).

UNCTAD 1991: UNCTAD Secretariat, *General Average, A Preliminary Review*, 107, U.N. Doc. GE. 91-51506 (Aug. 9, 1991).

UNCTAD 1994: UNCTAD Secretariat, *The Place of General Average in Marine Insurance Today*, 102, U.N. Doc. GE. 94-50984 (Mar. 8, 1994).

Yeşiller 2012: YEŞİLLER M, *Roma Hukuku'nda Kira Sözleşmesi (Locatio Conductio Rei)*. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara 2012.

Yeşiller 2013: YEŞİLLER M, "Roma Hukuku'nda Gemi, Han ve Ahır İşletenlerin Receptum Sorumluluğu", *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 1 (2013), 177-191.

Wright 1925: WRIGHT A.T, "Uniformity in the Maritime Law of the United States (1)", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol:73, No:2 (1925), 123-141.

Wyatt 1995: WYATT M.J, "Financing the Clean-Up: Cargo Owner Liability for Vessel Spills", *University of San Francisco Maritime Law Journal*, Vol:7, No:2 (1995), 353- 378.

CEZA HUKUKUNDA NEDENSELLİK BAĞI

(CHAIN OF CAUSATION UNDER THE CRIMINAL LAW)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Uğur URUŞAK¹

ÖZET

Bu çalışmada kavram tanımlandıktan sonra nedensellik bağının suçun unsuru olup olmadığı ele alınmış, nedensellik bağına ilişkin iki önemli kuram ortaya konulmuş ve ceza hukukunda nedensellik bağı konusunda çeşitli olasılıklar sistematik biçimde irdelenmiştir. Sonrasında teşebbüs derecesinde kalan suçlarda ve yapmama suçlarında nedensellik bağı incelenmiştir. Tüm bunlar yapılırken kullanılan çizelgelerle konu daha anlaşılır duruma getirilmeye çalışılmıştır. Çalışmanın son kısmında ise inceleme sonucunda varılan sonuçlar toplu halde sıralanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Neden, sebep, nedensellik, nedenlerin birleşmesi, suç, ceza hukuku.

ABSTRACT

This study starts with explaining the concept of 'chain of causation' in criminal law and then discusses whether it is a component of a crime. It asserts two important theorems about causation and also it systematically examines several probabilities about causation in criminal law. Hereinafter, the concept of causation is further investigated in relation to attempted crimes and omissions to act. A 'schedule' is used throughout the article in order to achieve a much clearer understanding of the topic. The outcomes of the research are listed.

Keywords: Cause, reason, causation, causality, chain of causation.

¹ Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: uurusak@hotmail.com

GİRİŞ

Ceza hukukunda nedensellik bağı konusunda, olasılıkların sistematik olarak ele alınmasında karşılaşılan sorunlar bizi bu çalışmaya yöneltmiştir.

Çalışmamızda kavram belirlendikten sonra, nedensellik bağının suçun unsuru olup olmadığı ele alınacak, nedensellik bağına ilişkin iki önemli kuram ortaya konulduktan sonra, koşul kuramı temel alınarak, “Nedensellik Bağı Uruşak Çizelgesi” çerçevesinde konu sistematik olarak irdelenecek, daha sonra teşebbüs derecesinde kalan suçlarda ve yapmama suçlarında nedensellik bağı incelenecektir. Son bölümde ise çalışmadan çıkarıldığımız sonuçlar sıralanarak çalışma bitirilecektir.

I-KAVRAM

Eylem² ile sonuç³ arasındaki bağı, Türk Ceza Hukuku öğretisinde kimi zaman illiyet rabıtası⁴, kimi zaman nedensellik bağı⁵, kimi zaman sebebi-

² Eylem(yapma-yapmama, *İng.* Action-İnaction) etkide bulunmak için çaba harcamadır. İnsanın ortaya koyduğu bilinçli ve amaçlı etkidir. Eylem, İnsanın bilinçli ve amaçlı çabasıyla gerçekleşen olgudur². İşlem (*İng.* Act) ise, eylemin bir evresidir². Kısaca işlem de, eylem de, sonuç da birer olgudur. Nedensellik ilişkisi içindeki olgular, sürekli birbirlerini etkilemektedir. Bu karşılıklı etki sürecinin belli bir anında süreç durdurulup, küçük bir parçası soyutlandığında, olgulardan biri neden(eylem, *İng.* Action) diğeri sonuç (*İng.* Result) olarak görünür. Ancak hukuk, bu olguların kimilerine sonuç bağlar. İşte hukukun sonuç bağladığı bu olgudan önce gelen ve hukuk bakımından önemli olmayan, evre olarak nitelendirilebilen olgular, bağımsız birer eylem olarak sayılmazlar, o eylemin birer evresi sayılırlar ki biz buna işlem(*İng.* Act) demektediriz. Türk ceza hukuku öğretisinde genellikle eylem için hareket kavramı kullanılmakta, sonuç için netice kavramı kullanılmakta, hareket, netice ve aralarındaki nedensellik bağı için, hep birlikte eylem/fiil kavramı kullanılmaktadır.

³ Biz burada sonuç kavramını, ne bilinen önermelerden bilinmeyen önermeleri çıkarsama anlamında, “*İng.* Conclusion” kavramı karşılığı olarak, ne belli önermelerden mantıksal sonuç çıkarma anlamında “*İng.* Consequence” kavramı karşılığı olarak, ne de birbirine bağlı iki önermeden tutarlı ikincisi anlamında “*İng.* Consequent” kavramı karşılığı olarak değil, “*İng.* Result” karşılığı olarak, diğer bir anlatımla insani bir olgu ya da süreçten meydana gelen olgu ya da süreç olarak, nedensellik ilişkisinin bir yanı olarak kullanmaktayız. Bilinen önermelerden bilinmeyen önermeleri çıkarsama, belli önermelerden mantıksal sonuç çıkarma ya da birbirine bağlı iki önermeden ikincisi anlamında kullansaydık o zaman netice kavramını kullanabilirdik.

⁴ Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1961, s. 71.

⁵ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul 1982, s. 194.

yet ilişkisi⁶ denilmektedir. 5237 sayılı TCK’de daha az “sebebiyet verme⁷” daha çok “neden olma⁸”, bazen de meydana gelme⁹ veya ortaya çıkarma¹⁰ denilmektedir. Bilindiği gibi, sebep (*İng.* reason) ve neden (*İng.* Cause) kavramları farklı anlama gelmekte, neden kavramı bir şeyin neden gerçekleştiğini, sebep kavramı ise ne için gerçekleştiğini bildirmektedir. Bir şeyin sebebinden söz edilirken o şeyin ussal, diğer bir deyişle mantıksal dayanağı anlatılmaktadır. Dolayısıyla nedensellik neden sonuç arasındaki, insan bilincinin dışında gerçekleşen nesnel ve evrensel zorunlu bir bağımlılığı dile getirmektedir¹¹. Açıklanan niçinle çalışmamızda nesnel ve evrensel zorunlu bir bağımlılık olduğundan “neden”, “nedensellik bağı” ve “nedenlerin birleşmesi”, ussal bir dayanak söz konusu olduğunda niçin veya sebep kavramlarının kullanılması benimsenmiştir.

II- NEDENSELLİK BAĞININ SUÇUN ÖGESİ OLMASI

Her suçta öge olarak bir sonuç olmadığı düşüncesinde olanlar, nedensellik bağı genel bir öge olarak kabul etmemektedir. Buna karşılık her suçta sonuç olduğu düşüncesinde olanlar nedensellik bağı, genel bir öge olarak kabul etmektedir. Düşüncemize göre sorunun çözümü cezalandırılan olguya bağlıdır. Önceki çalışmalarımızdan birinde¹² de belirttiğimiz gibi, işlemin, eylemin, sonucun birer olgu olduğu, nedensellik ilişkisi içindeki olguların sürekli birbirlerini etkilediği ve bu karşılıklı etki sürecinin belli bir anında, sürecin düşünsel olarak durdurulup, küçük bir parçası soyutlandığında, olgulardan birinin neden diğerinin sonuç olarak görüldüğü göz önüne alındığında, ceza hukukunun cezalandırdığı insan eseri olgunun, işlem mi ve/veya eylem mi ve/veya sonuç mu olduğu sorunu çözecektir. Dolayısıyla cezalandırılan olgu işlem ve/veya eylem ise nedensellik bağı aranmayacak, sonuç ise nedensellik bağı aranacaktır. Nedensellik bağı aranacağı suçlarda, suçun maddi öğelerinden olan eylem ile sonuç arasında

⁶ Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954.

⁷ Bkz. dip not 15.

⁸ Bkz. dip not 14.

⁹ Bkz. dip not 16.

¹⁰ Bkz. dip not 17.

¹¹ Orhan Hancerlioğlu, **Felsefe Ansiklopedisi**, Remzi Kitapevi, 1. Baskı, Ankara 1978, C. 4, s. 233.

¹² Uğur Uruşak, **Ardıgelen Suçlar**, **YÜHFD**, Y. 2014, C. XI, Sy.1, s159-212.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

nedensellik bağının bulunması gerekir. Sonuç ile eylem arasında böyle bir bağ bulunmuyorsa, bir başka deyişle sonuç, eylemden meydana gelmemişse, suçun maddi ögesi oluşmadığından suç oluşmamıştır. Ögelerden birinin eksikliği suçun oluşmasına engel olmuştur¹³.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununa bakıldığında, eylem ve sonuç gibi nedensellik bağının da genel bir öge olarak düzenlenmediği görülebilir. Bununla birlikte kimi suç tiplerinde nedensellik bağını anlatan neden olmak¹⁴, sebebiyet vermek¹⁵, meydana gelmek/getirmek¹⁶, ortaya çıkmak¹⁷ gibi anlatımlara rastlanmaktadır. Bir eylemin bir sonuca neden olduğunun, onu oluşturduğunun, o sonuca yol açtığıнын, gerektirdiğinin nasıl anlaşılacağı konusunda, bizim Kanunumuz da herhangi bir genel düzenleme getirmemiştir. Bununla birlikte, yapmama ile sonuç arasındaki nedensellik bağına ilişkin, kasten öldürme¹⁸, kasten yaralama¹⁹, işkence²⁰ suçu ile ilgili düzenlemeler getirmiştir. İtalyan Ceza Kanunu ise, nedensellik bağı (rapporta di causalita) başlıklı 40²¹ ve 41.²² maddelerinde, nedensellik bağı genel bir öge olarak düzenleyen hükümler getirmiştir.

¹³ Kunter, **a.g.e.**, s.142-143.

¹⁴ Bkz. TCK m. 22/6, 83/3, 85/1-2, 86/1, 87/1-2-3, 89/1-2-3-4, 95/1-2-3, 99/2-3-4, 103/7-7, 109/4, 117/4, 151/2, 161/1a, 170/1b, 171/1, 172/4, 179/1, 180/1, 182/1-2, 183/1, 231/2, 138/1, 240/1, 257/1-2.

¹⁵ Bkz. TCK m. 23, 44, 83, 162, 173 ve 278.

¹⁶ Bkz. TCK m. 22/3, 29/1, 35/2, 61/1-c, 83/1, 87/4, 95/4, 298/3, 306/2-4, 307/3-4, 329/3, 333/3, 336/3.

¹⁷ Bkz. TCK m. 215/1, 216/1.

¹⁸ TCK m. 83.

¹⁹ TCK m.88.

²⁰ TCK m. 94/5.

²¹ İt.C.K. m.40: “Engellemek hukuki yükümlülüğü olduğu halde sonucu engellemek, neden olmak sayılır”.

²² İt.C.K. sebeplerin içtimamı kural olarak kabul etmiş ve buna bir madde de tahsis etmiştir. Başlığı “Nedenlerin Birleşmesi” olan 41. madde: “suçlunun icrai veya ihmali hareketinden önce var olan veya onunla aynı zamanda var olan veya sonradan eklenen nedenlerin birleşmesi, hareketten bağımsız olsalar dahi, icrai veya ihmali hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağına engel olmaz. Sonradan eklenen nedenler, tek başına sonucu meydana getirmeye yeterli idiyeler, hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının kabulüne engel olurlar. Önce yapılmış olan icrai veya ihmali hareket, başlı başına bir suç oluşturuyorsa, bu suç için, öngörülen ceza verilir. Hareketten önceki veya hareket sırasındaki veya hareketten sonraki neden başkasının hukuka aykırı bir fiili olsa dahi yukarıdaki hükümler tatbik olunur.” şeklindedir. Görüldüğü üzere, birinci fıkrada, nedenlerin birleşmesi durumunda her nedenle sonuç arasında nedensellik bağı kabul olunmaktadır. Bu

Nedensellik bağının suçun ögesi olması konusu ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir başka konu da, gerçekleşen cezalandırılabilirlik koşulları, nitelikli sonuç ve ağır sonuç ile eylem arasında nedensellik bağının bulunması gerektirir²³.

III- NEDENSELLİK BAĞINA İLİŞKİN İKİ ÖNEMLİ KURAM

Çalışmamızda nedensellik bağına ilişkin olarak iki önemli kuram olan “doğal nedensellik bağı ve koşulların eşitliği kuramı” ile “hukuki sebebiyet bağı ve uygun neden kuramı” ele alınacaktır.

Doğal nedensellik bağı ve koşulların eşitliği kuramı, nedensellik bağını doğada olduğu gibi ele almakta, “hukuk kuralları yokmuş” gibi, “onlarla ilişkisini göz önüne almadan” yalnızca nedensellik bağının kendisini incelemektedir. Bu kurama göre nedensellik bağının bulunup bulunmadığının belirlenmesi için, failin eylemi olmasaydı sonucun meydana gelip gelmeyeceğine bakılmaktadır. Eğer eylem olmasaydı o sonuç meydana gelmeyecek idi ise, eylem, zorunlu koşuldur ve eylem ile sonuç arasında nedensellik bağı vardır. Eğer failin eylemi olmadan da sonuç meydana gelebilecek idi ise, yani eylem ile sonuç arasında bir zorunluluk ilişkisi yoksa nedensellik bağı da bulunmamaktadır²⁴. Bunun istisnası failin eylemi olmadan sonuç meydana gelebilecek ise bile, sonucun failin eylemi ile gerçekleşmesidir.

Hukuki sebebiyet bağı ve uygun neden kuramına göre ise, failin eylemi nedeniyle sonucun gerçekleşmesi yeterli değildir²⁵. Failin eyleminin hukuk alanında sebep değeri taşıyabilmesi için genel olarak sonucu meydana getirmeye uygun ve elverişli olması gerekir²⁶. Failin eylemi, niteliği itibarıyla sonucu meydana getirmeye uygun ve elverişli olmalıdır: Şu halde aranacak husus, failin eyleminin sonucu meydana getirmiş olup olmadığı değil, onu meydana getirmeye esasen elverişli ve uygun bulunup bu-

itibarla İt.C.K.’ya göre nedenlerin birleşmesi, nedensellik bağı bakımından kural olarak bir sorun olarak kabul edilmemektedir. Yalnız ikinci fıkra nedensellik bağının kabul olunmayacağı bir hali düzenlemektedir. Bu durum nedensellik bağının kesilmesidir. Bkz. Kunter, **a.g.e.**, s. 199 – 200.

²³ Kunter, **a.g.e.**, s. 14.

²⁴ Kunter, **a.g.e.**, s. 142 – 143.

²⁵ Kunter, **a.g.e.**, s. 158.

²⁶ Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım**, Beta Basım Yayın A.Ş., 11. Bası, İstanbul 1994, C.I, s. 498.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

lunmadığıdır. Zira bir eylemin, hiç de normal olmayan bir takım sonuçlar meydana getirmesi mümkün olup, bu durumda bir faile, bu gibi sonuçları hukuken yüklemek doğru olmaz²⁷.

Failin eyleminin ne zaman sonucu meydana getirmeye elverişli ve uygun olacağına belirlenmesine gelince, eylemin, sonucu meydana getirmeye, soyut ve genel olarak elverişli olması gerekir. Bu elverişlilik veya uygunluk, eylemin yapıldığı zamana bir insanın kendisini götürerek ve eşdeğer/benzer olaylarda deneyimlerine dayanarak yapacağı bir muhakeme ile anlaşılacaktır. Bu muhakeme sonucunda olumlu bir sonuca varılırsa, o eylem uygun bir neden sayılacak ve sonuç ile arasında nedensellik bağı olduğu kabul edilecektir²⁸. Gerçekten, uygun neden, sonucu meydana getirmek bakımından elverişli olduğu, eylemin yapıldığı anda düşünülebilen, öngörülebilir bir neden olunca, bütün sorun, kimin tarafından ve ne surette bu sonucun öngörülebileceğinin belirlenmesinden ibarettir²⁹. Bu noktada kuramı benimseyenler bazen fail, bazen orta düzeyde veya deneyimli bir kişi, bazen her ikisini birlikte ele alarak, bazen genel ve soyut, bazen de somut olayı ele alarak failin eyleminin sonucu gerçekleştirmeye uygun ve elverişli olup olmadığının belirleneceğini ileri sürerek görüş ayrılığı içindedirler.

Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, uygunluğun bulunup bulunmadığının sonradan(ex post) objektif olarak değerlendirilmesidir. Burada eylemin sonuçlarının öngörülebilir olması önemli değildir. Önemli olan nokta, belirli bir sonucun belirli bir nedenin ürünü olarak sayılıp sayılmamasının bilinmesidir³⁰.

IV- NEDENSELLİK BAĞI İLE İLGİLİ OLASILIKLAR

Bu çalışmamızda koşul kuramı temel alınarak aşağıda yer alan³¹ “Nedensellik Bağı Uruşak Çizelgesi” oluşturulmuştur ve böylelikle nedensellik bağı ile ilgili tüm olasılıklar anlatılmaya çalışılmıştır. Başka olasılıkların olduğu düşünülebilirse de olasılıkları belirlemede temel aldığımız “failin

²⁷ Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, s. 498.

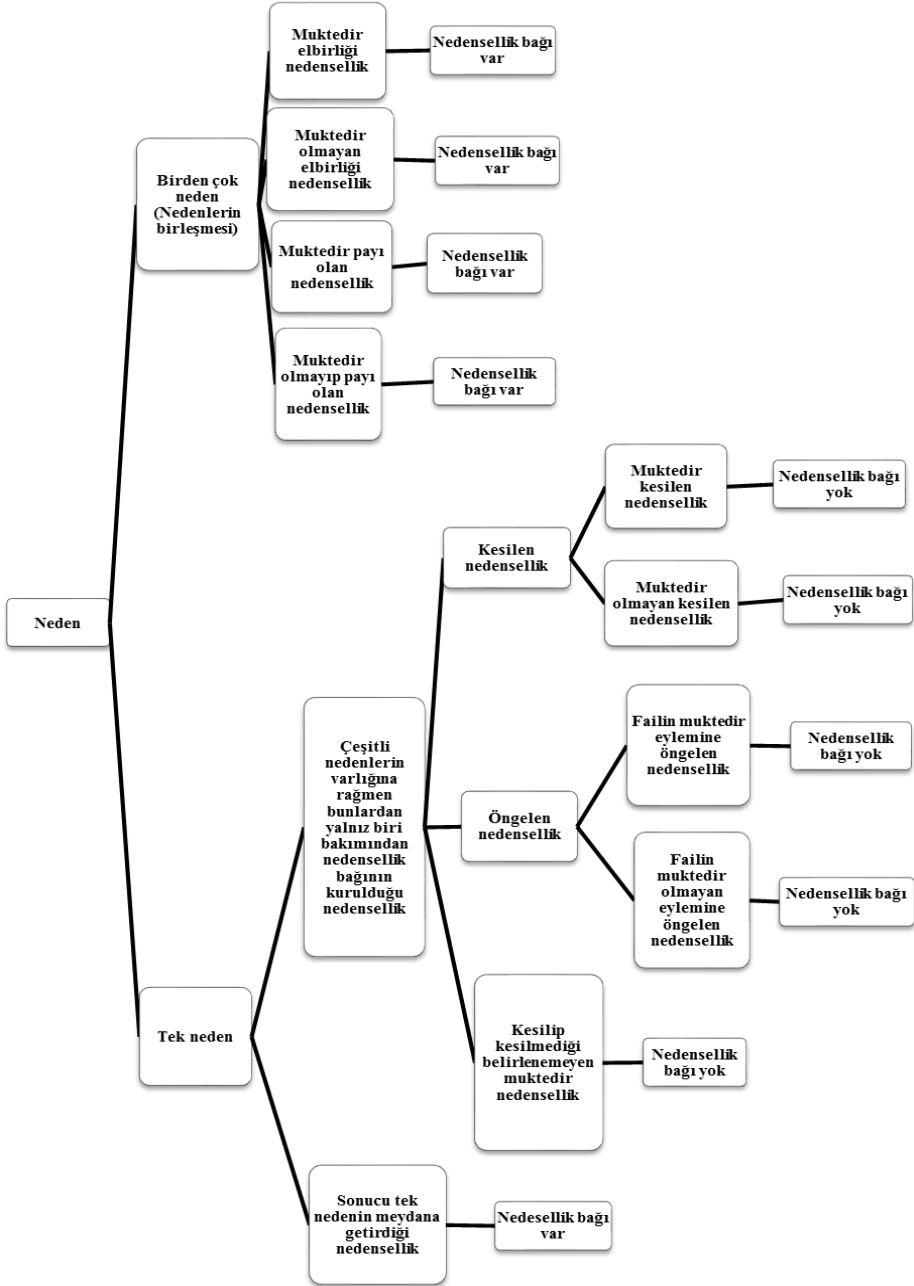
²⁸ Kunter, **a.g.e.**, s. 158.

²⁹ Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, s. 516.

³⁰ Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara 1975, s. 119.

³¹ Bkz. Çizelge 1, Nedensellik Bağı Uruşak Çizelgesi

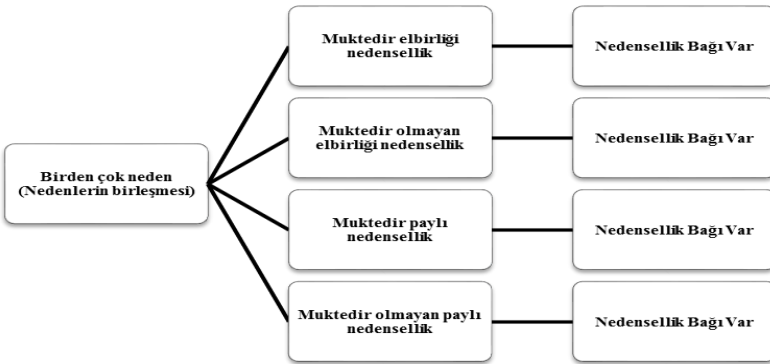
eylemi” yerine diğer nedenleri koyarak bu olasılıklara ilişkin çözümler bulunabilmektedir.



Nedensellik Bağı Uruşak Çizelgesi(Çizelge 1)

Nedensellik bağı, “Nedensellik Bağı Uruşak Çizelgesi”nde yer aldığı gibi, öncelikle “tek neden”, “birden çok neden(nedenlerin birleşmesi)” biçiminde ikiye ayrılmış, “nedenlerin birleşmesi” ise, “muktedir elbirliği nedensellik”, “muktedir olmayan elbirliği nedensellik”, “muktedir payı olan nedensellik” ve “muktedir olmayıp payı olan nedensellik” biçiminde dörde ayrılmıştır. “Tek neden” ise, “çeşitli nedenlerin varlığına rağmen bunlardan yalnız biri bakımından nedensellik bağının kurulduğu nedensellik” ve “sonucu tek nedenin oluşturduğu nedensellik” biçiminde ikiye ayrılmış, çeşitli nedenlerin varlığına rağmen bunlardan yalnız biri bakımından nedensellik bağının kurulduğu nedensellik ise, “kesilen nedensellik”, “öngelen nedensellik” ve kesilip kesilmediği belirlemeyen muktedir nedensellik” biçiminde üçe ayrılmış, kesilen nedensellik, “muktedir kesilen nedensellik” ve “muktedir olmayan kesilen nedensellik” biçiminde ikiye, öngelen nedensellik de “failin muktedir eylemine öngelen nedensellik” ve “failin muktedir olmayan eylemine öngelen nedensellik” biçiminde ikiye ayrılmıştır. İştirak konusu bir başka makalenin konusunu oluşturduğundan, burada iştirakin söz konusu olmadığı nedensellik olasılıkları ele alınmıştır. Şimdi bu olasılıklar teker teker ele alınacaktır.

A- Birden Çok Neden (Nedenlerin Birleşmesi)³²: Bu olasılıkta, failin eyleminin de içinde bulunduğu birden çok neden sonucu meydana getirmiştir ve karşımıza aşağıda Çizelge 2’de yer aldığı gibi dört alt olasılık çıkmaktadır.



Çizelge 2

³² Casus mixus da denmektedir.

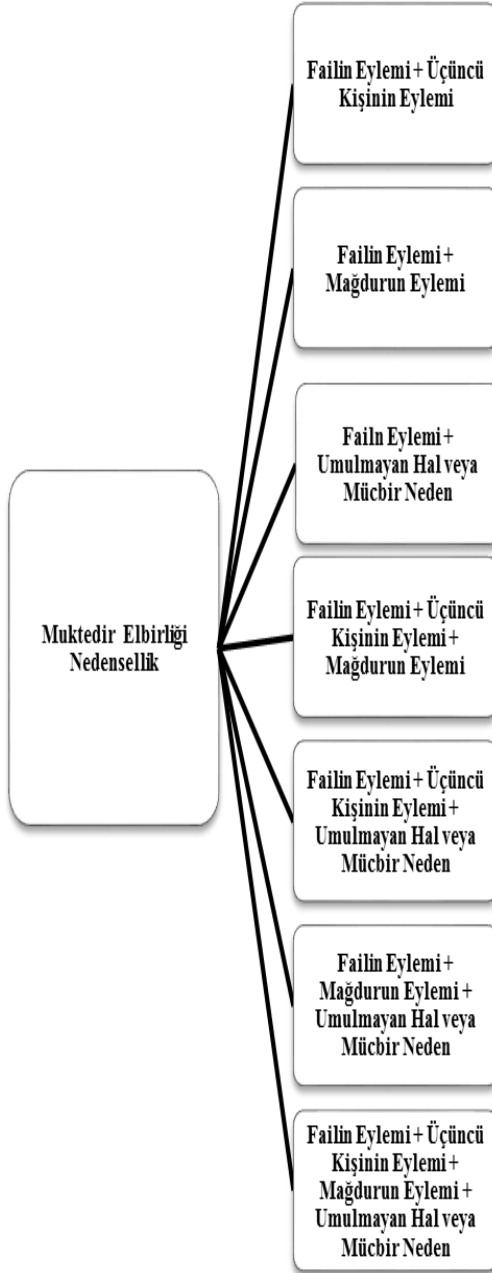
1- Muktedir elbirliği nedensellik³³: Her biri kendi başına sonucu gerçekleştirmeye muktedir olan hem failin eylemi hem de birleşen nedenin birleşmesi ile sonucun meydana geldiği nedenselliktir.

Burada da failin eylemi de dâhil çeşitli nedenler elbirliği ile sonucu meydana getirmekte ve failin eylemi de dâhil olmak üzere her neden, diğer neden olmaksızın, tek başına sonucu gerçekleştirmeye muktedir bulunmaktadır. Dikkat edilmesi gereken nokta sonucun, söz konusu nedenlerin hepsi tarafından birlikte meydan getirilmesidir. Ancak burada failin eylemi gerçekleşmemiş olsa dahi sonucun yine de gerçekleşeceği bir durum söz konusu olduğundan, her bir neden ile sonuç arasında nedensellik bağı bulunmadığı ileri sürülebilmektedir. Zira nedensellik bağı, söz konusu neden gerçekleşmediği takdirde sonuç gerçekleşmeyecekti dediğimiz neden ile sonuç arasındaki bağ olarak tanımlandığında, burada muktedir elbirliği nedenlerden biri olmasaydı bile yine sonuç gerçekleşmiş olacaktı. Zira burada failin eylemi ile zorunlu koşul bulunmamaktadır. Dolayısıyla burada nedensellik bağının bulunmadığını söylemek mümkündür³⁴. Ancak sonuç failin eylemi ile gerçekleştiğinden failin eylemi ile sonuç arasında nedensellik bağı bulunmaktadır.

Bu hallerde nedenlerin birleşimi aşağıdaki Çizelgede 3’de yer alan olasılıklar içinde olabilir.

³³ İngilizce olarak Capable co-causality veya Dead heat causality Türkçe olarak Kafakafaya kavramları düşünülmüştür. Haluk Tandoğan “müterafık”(Haluk Tandoğan, **Türk Mes’uliyet Hukuku**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1961, s.84), Fikret Eren ve Selahattin Sulhi Tekinay “yarışan” (Eren, **a.g.e.**, s. 152, 158; Selahattin Sulhi Tekinay, **Borçlar Hukuku**, 3. Bası, İstanbul 1974, s. 427), Safa Reisoğlu “birlikte” (Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, C.I, Ankara 1971, s.111) demekte, İngilizce “concurrent causality” Almanca “konkurrende kausalitat” veya “ursachenkonkurrenz”, İtalyanca “concorsi di causa”, Fransızca “concours des causes” kavramları kullanılmaktadır. (Bkz. Kunter, **a.g.e.**, s. 198)

³⁴ Eren, **a.g.e.**, s. 159.



Çizelge 3

Bu hallerin klasik örnekleri daha çok failin eylemi ile üçüncü kişinin eylemi veya failin eylemi ile mağdurun eylemi olasılıkları göz önüne alınarak ortaya konmaktadır.

Örneğin birbirinden habersiz olarak ruhsatsız avlanan iki avcı, aynı anda ormandaki korucunun üzerine ateş etmekte ve her biri onu, aynı du-yularından veya organlarından birinin işlevini yitirmesine neden olacak derecede yaralamaktadır.

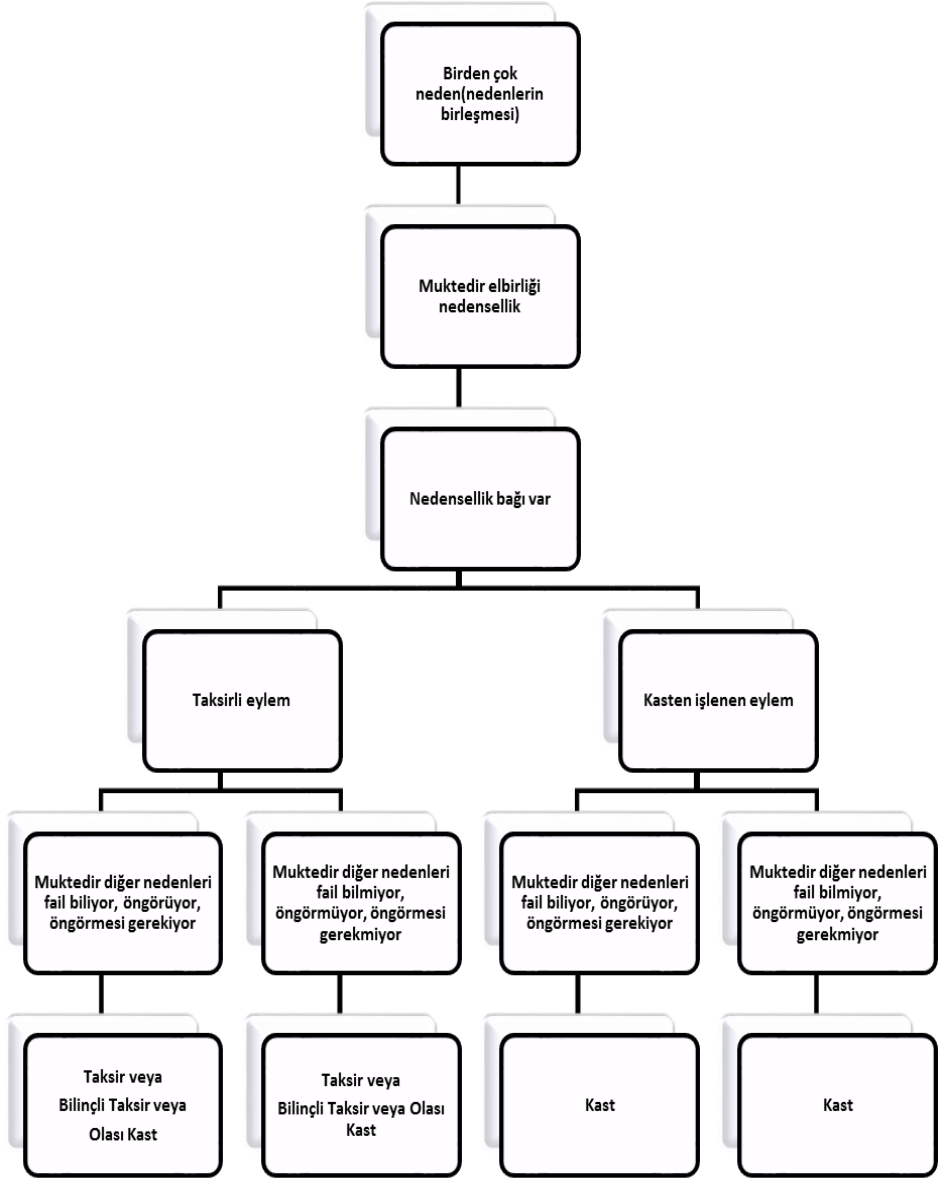
(A), (C)'nin çayına öldürücü dozda zehir katmakta ve (B)'de aynı şekilde öldürücü dozda zehri (C)'nin çayına katmakta ve ikisi de birbirinden habersizdir ve (C) çayı içip ölmektedir. (C) intihar amaçlı kendi çayına öldürücü dozda zehir katmakta, (A) da (C)'den habersiz (C)'nin çayına öldürücü dozda zehir katmakta ve (C) çayı içip ölmektedir. Gölün kenarındaki fabrikaların her birinden göle atılan atık, tek başına balıkların ölmesine muktedirdir ve ikisi de birbirinden habersizdir ve balıklar ölmektedir. Hastanede yatan bir hastaya, iki hemşire birbirinden habersiz bir şekilde üst üste öldürücü dozda ilacı zerk etmekte ve hasta ölmektedir³⁵.

Yukarıda belirtildiği gibi, muktedir elbirliği nedensellikte failin eylemi ile sonuç arasında nedensellik bağı bulunmaktadır. Zira sonuç failin eylemi ile gerçekleşmiştir. Yine failin kasten ya da taksirle gerçekleştirdiği muktedir eylemi sebebiyle cezai sorumluluğu da bulunmaktadır. Ancak çözümü gereken sorun; verilecek ceza belirlenirken elbirliği ile sonucu gerçekleştiren diğer muktedir nedenlerin göz önünde bulundurulup bulundurulmayacağıdır. Durumun yalnızca failin kasten ya da taksirli eylemi ile gerçekleşen sonuç (tek nedenin meydana getirdiği tek sonuç)tan farklı olduğu ortadadır. Fakat failin eylemi, sonucu gerçekleştirmeye muktedirdir ve sonuç failin eylemi ile meydana gelmiştir. Dolayısıyla fail, kastı varsa kasten, taksiri varsa taksirle eyleminden cezaen sorumlu tutulur.

Öte yandan failin eyleminin “taksirli” ya da “kasti” oluşu üst ayrımı altında, somut olayın özellikleri göz önüne alınarak, sonucun gerçekleşmesine elbirliği ile neden olan diğer muktedir nedenleri, failin bildiği, öngördüğü veya öngörmesi gerektiği ya da bilmediği, öngörmediği veya öngörmesi gerekmediği” durumlar, verilecek ceza belirlenirken, diğer bir anlam ile verilecek cezada artırma ya da indirime gidilirken göz önünde bu-

³⁵ Örnekler için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 85.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

lundurulur. Bu durumu Çizelge 4’de yer aldığı gibi “Nedensellik Bağı Uruşak Çizelgesi”nden yola çıkarak olasılıklara ayırabiliriz.



Çizelge 4

Muktedir elbirliği nedensellikte, fail, sonucun gerçekleşmesini bile- rek isteyerek eylemin gerçekleştiriyorsa, failin eylemi, sonucu gerçekleştirmeye muktedir olduğundan, fail birleşen muktedir neden/leri bilip istiyorsa, öngörüyorsa, bu takdirde sonuca yönelik iradesi bulunduğu ve eylemi muktedir olduğundan gerçekleşen sonuçtan kasten sorumlu olacaktır. (ağırlatıcı sebep olabilir mi?)

Fail birleşen muktedir neden/leri bilmiyorsa, öngörmüyorsa ve öngörebilecek durumda değil ise, ancak sonuca yönelik kastı varsa, bu takdirde failin eylemi sonucu gerçekleştirmeye muktedir olduğundan ve sonuç failin eylemi ile meydana geldiğinden, gerçekleşen sonuçtan kasten sorumlu olacaktır.(hafifletici sebep olabilir mi?)

Failin kastı yok ise taksiri bulunuyorsa, taksiri nedeniyle sonuçtan sorumlu tutulacak, ancak bir araya gelen nedenleri öngörmemişse cezasında indirim yapılacaktır. Öngörmüş veya öngörebilecek durumda ise herhangi bir indirim yapılmayacak, koşulları varsa bilinçli taksiri veya olası kastı sebebiyle sonuçtan sorumlu tutulacaktır.

Bu noktada yukarıda da belirttiğimiz gibi, sorun nedensellik bağı ile değil, manevi unsur içinde ele alınarak çözümlenecektir. Zira failin eylemi ile bir araya gelen neden/ler bakımından nedensellik bağı konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Duraksamalı olan konu failin bir araya gelen neden/leri öngörmüş veya öngörebilecek durumda olup olmadığıdır ki bu manevi unsuru ilgilendirir. Bu durum sonradan (ex post) objektif bir değerlendirme olsa da ve önemli olanın öngörme olmayıp belirli bir sonucun belirli bir nedenin ürünü olarak sayılmamasının bilinmesi olsa da yine de manevi unsur kapsamındadır. Buradan yola çıkılarak nedensellik bağının bulunmadığının ileri sürülmesi, manevi unsur ile nedensellik bağının karıştırılması anlamına gelir³⁶.

Buradaki tartışma alanlarından birisi, birden çok eylemli/sonuçlu ya da seçimlik eylemli/sonuçlu ya da birden çok işlemlili ya da birden çok eylemin bir bütün olarak tek eylem sayıldığı suçlarda bu birden çok ya da seçimlik işlemlili/eylemi/sonucu, birden çok kimse gerçekleştirirse sorunun nasıl çözümleneceğidir. Örneğin bir evin birden çok farklı camının birden çok kimse tarafından ayrı ayrı kırılması veya biri kapısını kırarken diğerinin çatıyı parçalaması durumunda olduğu gibi. Bu durumlarda herkes ken-

³⁶ Aksi düşünce için bkz. Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, s. 498.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

di eylemi ve eylemin muktedir olup olmadığı göz önüne alınarak yapılan açıklamalar çerçevesinde varsa sorumlulukları ve verilecek cezanın miktarı belirlenecektir.

Bir başka sözü edilmesi gereken sorun da failin eylemi ile mağdurun eyleminin veya umulmayan durumların birleşmesi ile sonucun gerçekleşmesi durumudur³⁷. Muktedir elbirliği nedensellik, sonucu meydana getiren birden çok nedenin bir araya gelmesi halinde söz konusu olacağından, nedenler yukarıdaki çizelgede de belirtildiği gibi, birden çok faile ait olabileceği gibi, mağdura ait bir neden veya umulmayan bir hal veya mücbir neden de olabilir. Bu durumlarda da ayrıksı bir durum söz konusu değildir. Burada da yapılan açıklamalar çerçevesinde sorun çözümlenecektir.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir başka konu da, nedensellik bağı bulunduğuna göre failin cezai sorumluluğunun; gerçekleşen sonucun suçun unsuru olan sonuç mu veya ağır sonuç mu veya nitelikli sonuç mu olduğuna, yine bu sonuca yönelik failin iradesinin bulunup bulunmadığına ve birleşen nedenleri failin bilip bilmediğine göre belirlenecek olmasıdır.

2- Muktedir olmayan elbirliği nedensellik³⁸: Hiç biri kendi başına muktedir olmayıp, failin eylemi de dâhil diğer neden/lerin bir araya gelmek suretiyle sonucu gerçekleştirdikleri nedenler topluluğuna muktedir olmayan elbirliği nedensellik adı verilir³⁹. Diğer bir anlatım ile failin eyleminin de içinde olduğu birden çok neden sonucu meydana getirmektedir, fakat failin eylemi de dâhil bunlardan hiç biri yalnız başına sonucu meydana getirmeye muktedir değildir. Ayrıca nedenleri gerçekleştiren kişiler, fail de dâhil olmak üzere birbirlerinden haberdar değildir. Bu nedenselliğe bazen ortak illiyet⁴⁰, bazen müşterek sebebiyet⁴¹ denilmekte ve bu şekildeki nedenlerin içtimaina “zaruri içtima”⁴² adı da verilmektedir.

³⁷ Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 155.

³⁸İngilizce olarak incapabile co-causality düşünülmüştür. Kunter “müşterek” (Kunter, **a.g.e.**, s. 198), Eren “ortak” (Eren, **a.g.e.**, s. 150) demekte, Almanca “gemeinsame kausalität”, İtalyanca “causalite commune” kavramları kullanılmaktadır. (Bkz. Kunter, **a.g.e.**, s. 199).

³⁹ Tandoğan, s. 83.

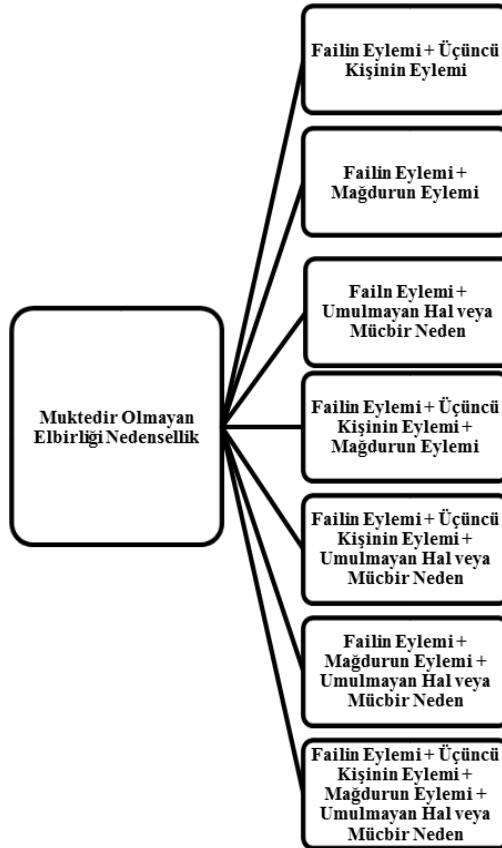
⁴⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 149.

⁴¹ Kunter, **a.e.**

⁴² Kunter, **a.e.**

Muktedir olmayan elbirliği nedensellikte sonucu birden çok neden birlikte meydana getirdiği ve birliktelik zorunlu olduğu için, bu nedenselliğe elbirliği nedensellik adı verilir. Elbirliği nedenselliğin en belirgin şekli iştirak halinde işlenen suçlarda⁴³ ortaya çıkmakla birlikte, inceleme alanımız içinde iştirak hali yer almadığından, burada iştirak hallerinin söz konusu olmadığı muktedir olmayan elbirliği nedensellik halleri ele alınmaktadır.

Bu hallerde nedenlerin birleşimi aşağıdaki Çizelge 5’de yer alan olasılıklar içinde olabilir.



Çizelge 5

⁴³ Klasik örneği tek kişinin alıp götürmesi mümkün olmayan bir kasa ya da eşyanın iki kişi tarafından çalınmasıdır. Bu hırsızlık eyleminin kasanın ağırlığı nedeniyle tek bir kimsenin işlemesi mümkün değildir. Burada sonuç iki failin birlikte eylemi ile meydana gelmektedir. (Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 149).

Bu hallerin klasik örnekleri şu şekilde belirtilebilir: (A), (C)'nin çayına ölüm sonucu için gerekli miktarın yarısı kadar zehir katmakta ve bu miktarın yeterli olduğunu sanmaktadır. (B)'de aynı şekilde ölüm sonucu için gerekli miktarın yarısı kadar zehir katmakta ve o da bu miktarın yeterli olduğunu sanmaktadır ve ikisi de birbirinden habersizdir. Her iki zehir birleşerek (B)'yi öldürmektedir⁴⁴.

İki ayrı fabrikadan birbirlerinden habersizce akan zehirli atıklar, dö-küldükleri gölde meydana getirdikleri bileşim sonucu balıkların ölümüne neden olmaktadır. Burada göle her bir fabrikadan atılan atık, tek başına balıkları öldürmeğe muktedir değildir⁴⁵.

Hastanede yatan bir hastaya, iki hemşirenin birbirinden habersiz olarak üst üste verdikleri belirli dozda ilaç, fazla geldiği için hastanın ölmesine neden olmaktadır⁴⁶.

Bir binada bulunan banyonun soba borusundaki tecrit bozukluğu ve aşırı soğuk hava nedeniyle doğalgaz ve artıklarının tam olarak dışarıya atılamaması birleşerek banyo yapan kadının ölümüne neden olmaktadır⁴⁷.

Kalp hastası bir kimseye tokat atılmakta ya da hemofili hastası bir kimse hafifçe bıçaklanmakta ve bu kimse atılan tokat ya da hafifçe bıçaklanma sonucu ölmektedir⁴⁸.

Yine bilinen kayıkçı örneği; (A) kayıkçı (B)'yi yaralamakta, bu arada aniden bir fırtına çıkmakta, fırtınada kayıkçı yarası nedeniyle yelkeni iyi idare edemediği için kayık batmakta ve kayıkçı ölmektedir⁴⁹.

(A), kasten bir cephaneliği patlatmakta, cephaneliğin bekçisi olan (B) de gözetim görevini ihmal etmektedir⁵⁰.

Eskiden beri araları açık olan taraflar, birbirlerini gördüklerinde arabalarından inmekte ve birbirlerinin yakalarına yapışmaktadır. Bu arada fail koşarak kaçmaya başlamakta, mağdur faili kovalamakta iken kalp yetmezliğinden düşerek ölmektedir⁵¹.

⁴⁴ Örnek için bkz. Önder, **a.g.e.**, s. 195.

⁴⁵ Örnek için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 84; Eren, **a.g.e.**, s. 150.

⁴⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 84; Eren, **a.g.e.**, s. 150.

⁴⁷ Eren, **a.g.e.**, s. 155.

⁴⁸ Eren, **a.g.e.**, s. 156.

⁴⁹ Örnek için bkz. Kunter, **a.g.e.**, s. 150.

⁵⁰ Örnek için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 84.

⁵¹ Örnek için bkz. Sahir Erman - Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar**, Dünya Yayıncılık A.Ş., İstanbul 1994, s. 10.

Fail, evin içinde bulunmayan mağdurun evini yakmaya çalışmakta iken, mağdurun içine düştüğü stres sonucu, kendisinde bulunan kronik kalp yetmezliği akut kalp krizine dönüşmekte ve mağdur ölmektedir⁵².

Muktedir olmayan elbirliği nedensellikte, sonuca neden olan her bir neden, sonucun gerçekleşmesi için zorunlu olduğundan, diğer bir anlatım ile nedenlerden biri olmadığında sonuç meydana gelmeyeceğinden, bu nedenlerle sonuç arasında nedensellik bağı bulunduğu konusunda herhangi bir duraksama bulunmamaktadır.

Muktedir olmayan elbirliği nedensellikte nedenlerin birleşmesi, bir yandan sonucu etkileyebilmekte, bir yandan da verilecek cezanın ağırlığını etkilemektedir. Bir yandan sonucu etkileyebilmektedir, zira sonuç nedenlerin bir araya gelmesinden doğmuştur. Nedenlerden hiç biri, diğerleri olmaksızın tek başına sonucu meydana getirmeye muktedir değildir⁵³. Diğer yandan da verilecek cezanın ağırlığının belirlenmesi bakımından birleşen nedenleri göz önüne almak gerekmektedir. Zira nedensellik bağının varlığına rağmen, verilecek cezanın azaltılması ya da tümüyle kaldırılması mümkündür. Bu doğrultuda sonucun meydana gelmesine, failin bilmediği, öngörmediği nedenlerin, eylemi ile birleşmesi neden olmuşsa cezanın hafifletilmesi kabul edilebilir⁵⁴.

Muktedir olmayan elbirliği nedensellikte failin eylemi ile sonuç arasında nedensellik bağı bulunmaktadır. Zira failin eylemi olmasaydı sonuç gerçekleşmeyecekti. Diğer yandan failin kasten ya da taksirle gerçekleştirdiği muktedir olmayan eylemi sebebiyle cezai sorumluluğu da bulunmaktadır.

Ancak çözümü gereken sorun verilecek ceza belirlenirken elbirliği ile sonucu gerçekleştiren diğer muktedir olmayan nedenlerin göz önünde nasıl bulundurulacağıdır. Failin eylemi, sonucu gerçekleştirmeye muktedir değildir ama sonuç failin eylemi ile meydana gelmiştir. Dolayısıyla failin kastı varsa kasten, taksiri varsa taksirli eyleminden cezaen sorumlu tutulur.

Bu doğrultuda failin eyleminin “taksirle” ya da “kasten” oluşu üst ayrımı altında somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, “sonucun gerçekleşmesine elbirliği ile neden olan diğer muktedir olmayan nedenleri failin bildiği, öngördüğü veya öngörmesi gerektiği ya da bilmediği, ön-

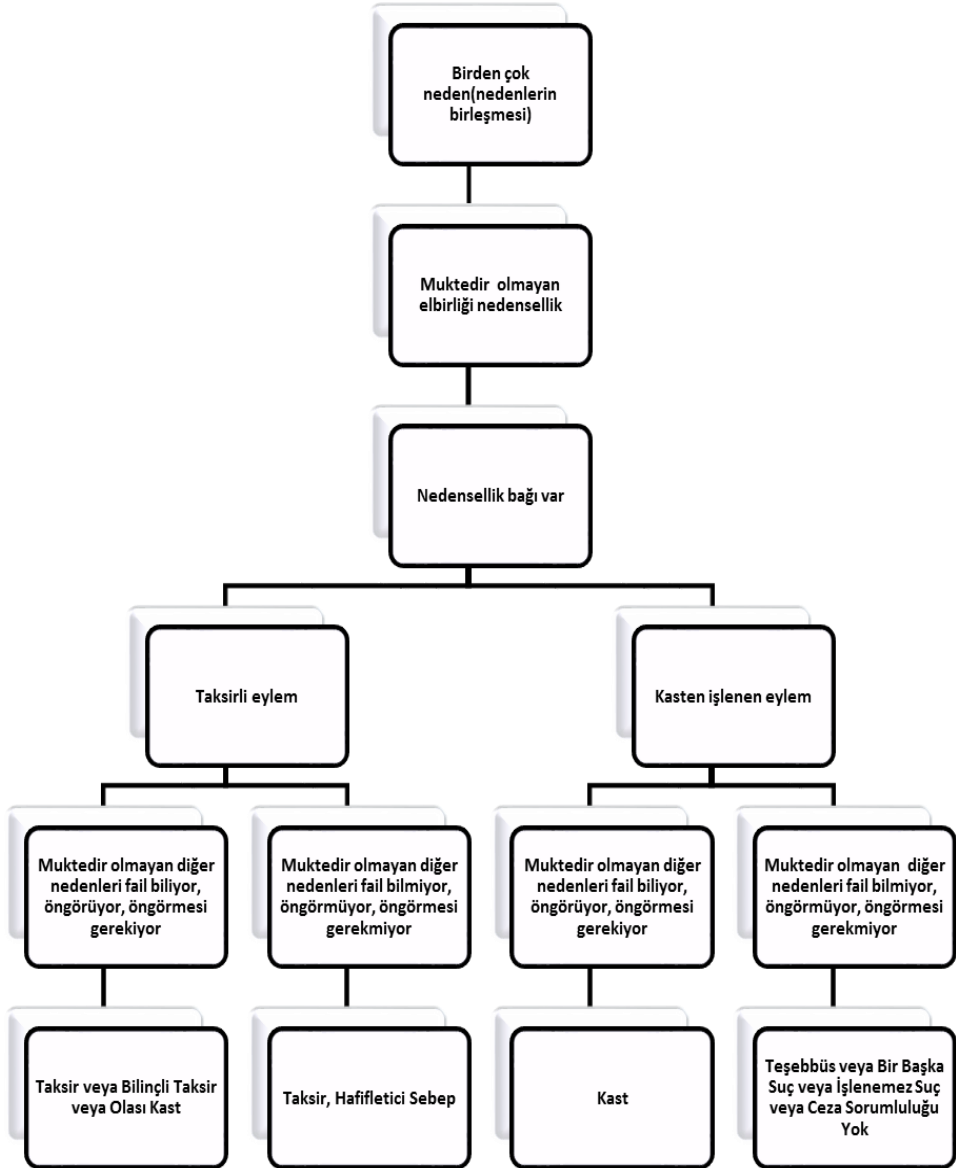
⁵² Erman - Özek, **a.e.**

⁵³ Eren, **a.g.e.**, s. 154.

⁵⁴ Kunter, **a.g.e.**, s. 203.

görmediği veya öngörmesi gerekmediği durumlar, manevi unsurun yoğunluğu ile verilecek ceza belirlenirken göz önünde bulundurulacaktır.

Bu durumu Çizelge 6’da yer aldığı gibi “Nedensellik Bağı Uruşak Çizelgesi”nden yola çıkarak olasılıklara ayrabiliriz.



Çizelge 6

Muktedir olmayan elbirliği nedensellikte, fail, sonucun gerçekleşmesini bilerek isteyerek eylemini gerçekleştiriyorsa, failin eylemi, sonucu gerçekleştirmeye muktedir olmadığından, fail birleşen neden/leri bilip istiyorsa, bu takdirde gerçekleşen unsur sonuçtan kasten sorumlu tutulabilecektir. Fail birleşen neden/leri öngörüyorsa, bu durumda sonuca yönelik iradesi bulunduğundan yine gerçekleşen unsur sonuçtan kasten sorumlu tutulabilecektir.

Fail birleşen neden/leri bilmiyorsa, öngörmüyorsa ve öngörebilecek durumda değil ise, ancak sonuca yönelik kastı varsa, yukarıda da belirttiğimiz gibi failin eylemi sonucu gerçekleştirmeye muktedir olmadığından, koşulları gerçekleştiyse işlenemez suç sebebiyle failin ceza sorumluluğu olmayacağı gibi, suçun teşebbüse elverişli olması halinde teşebbüsten, teşebbüs mümkün değil ise, o ana kadar gerçekleştirdiği eylem başka bir suçu oluşturuyorsa o suçtan cezaen sorumlu tutulacak, yoksa sorumlu tutulmayacaktır.

Failin kastı yok ise taksiri bulunuyorsa, taksiri nedeniyle sonuçtan sorumlu tutulacak, ancak birleşen neden/leri öngörmemişse cezasında indirim yapılacaktır. Öngörmüş veya öngörebilecek durumda ise herhangi bir indirim yapılmayacak, koşulları varsa bilinçli taksiri veya olası kastı sebebiyle sonuçtan sorumlu tutulacaktır.

Bu noktada yukarıda da belirttiğimiz gibi, sorun nedensellik bağı ile değil, manevi unsur içinde ele alınarak çözümlenecektir. Zira failin eylemi ile birleşen neden/ler bakımından nedensellik bağı konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Duraksamalı olan konu failin birleşen neden/leri öngörmüş veya öngörebilecek durumda olup olmadığıdır ki bu manevi unsuru ilgilendirir. Bu durum sonradan (ex post) objektif bir değerlendirme olsa da ve önemli olanın öngörme olmayıp belirli bir sonucun belirli bir nedenin ürünü olarak sayılmamasının bilinmesi olsa da yine de manevi unsur kapsamındadır. Buradan yola çıkılarak nedensellik bağının bulunmadığının ileri sürülmesi, manevi unsur ile nedensellik bağının karıştırılması anlamına gelir⁵⁵.

Buradaki tartışma alanlarından birisi, birden çok eylemli/sonuçlu ya da seçimlik eylemli/sonuçlu ya da birden çok işlemli ya da birden çok eylemin bir bütün olarak tek eylem sayıldığı suçlarda bu birden çok ya da

⁵⁵ Aksi düşünce için bkz. Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, s. 498.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

seçimlik işlemi/eylemi/sonucu, birden çok kimse gerçekleştirirse sorunun nasıl çözümleneceğidir. Bu durumlarda herkes kendi eylemi ve eylemin muktedir olup olmadığı göz önüne alınarak yapılan açıklamalar çerçevesinde varsa sorumlulukları ve verilecek cezanın miktarı belirlenecektir.

Bir başka sözü edilmesi gereken sorun da failin eylemi ile mağdurun eyleminin veya umulmayan durumların birleşmesi ile sonucun gerçekleşmesi durumudur⁵⁶. Muktedir olmayan elbirliği nedensellik, sonucu meydana getiren birden çok nedenin bir araya gelmesi halinde söz konusu olacağından, nedenler yukarıdaki çizelgede de belirtildiği gibi, birden çok faile ait olabileceği gibi, mağdura ait bir neden veya umulmayan bir hal veya mücbir neden de olabilir. Bu durumlarda da ayrıksı bir durum söz konusu değildir. Burada da yapılan açıklamalar çerçevesinde sorun çözümlenecektir.

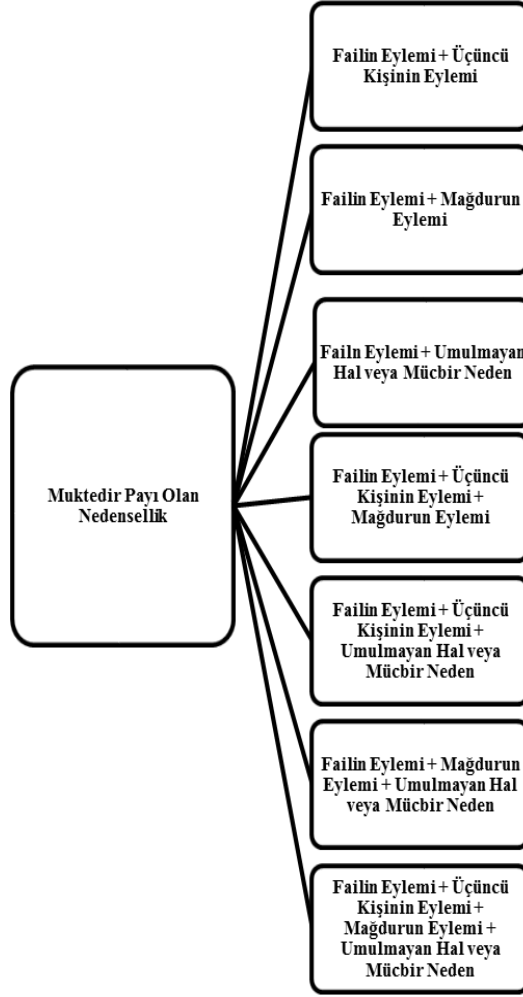
Bu noktada belirtilmesi gereken bir başka konu da, nedensellik bağı bulunduğuna göre failin cezai sorumluluğunun; gerçekleşen sonucun suçun unsuru olan sonuç mu veya ağır sonuç mu veya nitelikli sonuç mu olduğuna, yine bu sonuca yönelik failin iradesinin bulunup bulunmadığına ve birleşen nedenleri failin bilip bilmediğine göre belirlenecek olmasıdır.

3- Muktedir payı olan nedensellik⁵⁷: Sonucu gerçekleştirmeye muktedir failin eylemi ile sonucu gerçekleştirmeye muktedir olan diğer nedenin bir araya gelmesi ile sonucun meydana geldiği nedenselliktir. Burada çeşitli nedenler sonucu meydana getirmekte ve bu nedenlerin hepsi sonucu meydana getirmeye muktedir bulunmaktadır. Sonucu meydana getirmeye muktedir olan çeşitli nedenleri gerçekleştirenler, fail de dâhil olmak üzere birbirlerinden haberdar değildir.

Bu hallerde nedenlerin birleşimi aşağıdaki Çizelge 7’de yer alan olasılıklar içinde olabilir.

⁵⁶ Bkz. Eren, a.g.e., s. 155.

⁵⁷ İngilizce olarak “capable joint causality” düşünülmüştür.



Çizelge 7

Bu hallerin klasik örnekleri şu şekilde belirtilebilir: Fail öldürme kastıyla bir kimseye ateş etmekte, sapma nedeniyle onu hafifçe yaralamaktadır. Yaralı hastaneye kaldırılırken bir yıldırım isabeti veya bir başka kaza nedeniyle ölmektedir⁵⁸. Fail öldürme kastıyla bir kimseye ateş etmekte ve onu yaşamsal bölgesinden yaralamaktadır. Yaralı hastaneye kaldırılırken bir yıldırım isabeti veya bir başka kaza nedeniyle veya yaranın tedavisi

⁵⁸ Örnek için bkz. Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 217.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

amacıyla yapılan ameliyat sırasında verilen narkoz sonucu ölmektedir. Fail öldürme kastıyla bir kimseye ateş etmekte, sapma nedeniyle onu hafifçe yaralamakta veya onu yaşamsal bölgesinden yaralamakta, yaraladığı kimşenin inançları gereği, yakınları kan verilmesine izin vermemekte ve o kimse ölmektedir. Fail boğulup ölmesini sağlamak için (B)'yi nehre itmekte, fakat mağdur düşerken kafasını kayaya çarparak veya kalp krizi geçirerek ölmektedir veya bekâr bir kadın evlilik dışı çocuğunu öldürmek istemektedir, onu boğularak ölmesi için nehre atmakta, fakat çocuk düşerken kafasını kayaya çarparak ölmektedir⁵⁹. Fail mağduru öldürmek için nehre itmekte, mağdur ölmemekte baygın kalmakta, deprem nedeniyle üzerine köprü yıkılmakta ve ölmektedir⁶⁰. Weber kastı için verilen örnek de burada ele alınabilir. Fail öldürmek istediği kimseyi sadece yaralamakta fakat öldüğünü sanmakta ve suya atmakta, mağdur yaralarının etkisiyle boğularak ölmektedir⁶¹.

Muktedir payı olan nedensellikte, failin eylemi ile sonuç arasında nedensellik bağı bulunmaktadır. Zira failin eylemi olmasa idi sonuç gerçekleşmeyecek idi. Öte yandan failin kasten ya da taksirle gerçekleştirdiği muktedir payı olan eylemi sebebiyle cezai sorumluluğu da bulunmaktadır.

Ancak çözümü gereken sorun; cezai sorumluluk(suç tipi) ve verilecek ceza belirlenirken bir araya gelerek sonucu gerçekleştiren diğer muktedir neden/lerin göz önünde nasıl bulundurulacağıdır. Failin eylemi, sonucu gerçekleştirmeye muktedirdir ve sonuç failin eylemi ile meydana gelmiştir. Dolayısıyla failin kastı varsa kasten, taksiri varsa taksirli eyleminden cezaen sorumlu tutulur.

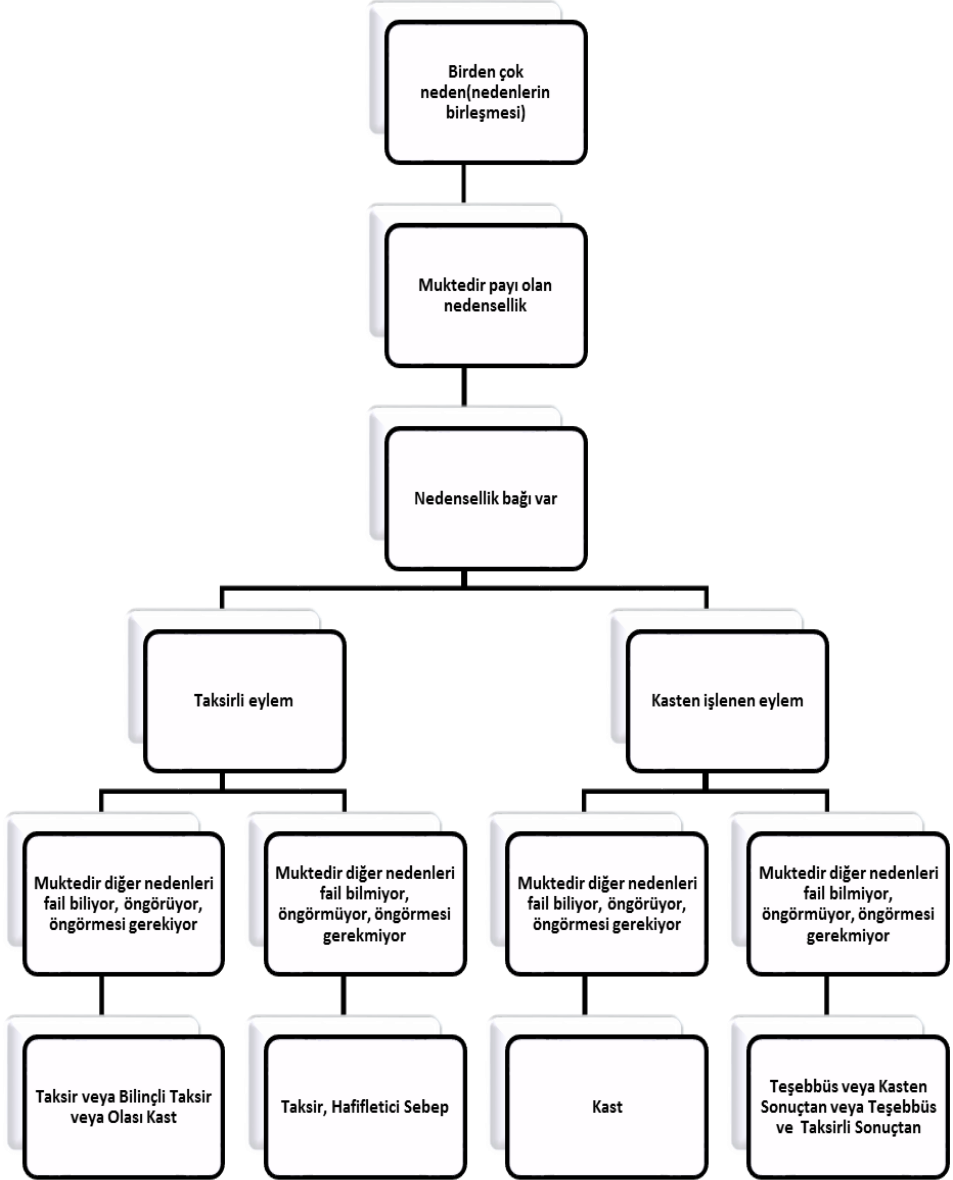
Bu doğrultuda failin eyleminin “taksirle” ya da “kasten” oluşu üst ayrımı altında somut olayın özellikleri de dikkate alınarak “sonucun gerçekleşmesine bir araya gelerek neden olan diğer muktedir neden/leri failin bildiği, öngördüğü veya öngörmesi gerektiği” ya da bilmediği, öngörmediği veya öngörmesi gerekmediği durumlar, ceza sorumluluğu(suç tipi), manevi unsurun yoğunluğu ve verilecek ceza belirlenirken, diğer bir anlatım ile verilecek cezada artırıma ya da indirime gidilirken göz önünde bulundurulacaktır.

⁵⁹ Örnek için bkz. Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 336.

⁶⁰ Örnek için bkz. Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 337.

⁶¹ Örnek için bkz. Önder, **a.g.e.**, s. 313.

Bu durumu Çizelge 8’de yer aldığı gibi, “Nedensellik Bağı Uruşak Çizelgesi”nden yola çıkarak olasılıklara ayırabiliriz.



Çizelge 8

Muktedir payı olan nedensellikte, fail, sonucun gerçekleşmesini bile- rek isteyerek eylemin gerçekleştiriyorsa, failin eylemi, sonucu gerçekleştirmeye muktedir olduğundan, fail bir araya gelen muktedir neden/leri bilip istiyorsa, öngörüyorsa, bu takdirde sonuca yönelik iradesi bulunduğu ve eylemi muktedir olduğundan gerçekleşen sonuçtan kasten sorumlu olacaktır.

Fail bir araya gelen muktedir neden/leri bilmiyorsa, öngörmüyorsa ve öngörebilecek durumda değil ise, ancak sonuca yönelik kastı varsa, bu takdirde kastın bilme ve isteme unsuru içinde nedensellik bağının bilinmesi ve istenmesinin yer aldığı, diğer bir ifade ile failin nedensellik bağı hakkında ne düşündüğünün hesaba katılması kabul edildiğinden ve de failin eylemi sonucu gerçekleştirmeye muktedir olduğundan, fail koşulları varsa teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Ancak burada nedensellik bağının meydana geliş şekli fail için önemli değil ise fail meydana gelen sonuçtan kasten sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık fail gerçekleşen nedensellik bağı istemediği, suçu o suretle işlemeyeceği anlaşılıyorsa, teşebbüsten ve taksirli sonuçtan sorumlu tutulacaktır⁶².

Failin kastı yok ise taksiri bulunuyorsa, taksiri nedeniyle sonuçtan sorumlu tutulacak, ancak bir araya gelen nedenleri öngörmemişse cezasında indirim yapılacaktır. Öngörmüş veya öngörebilecek durumda ise herhangi bir indirim yapılmayacak, koşulları varsa bilinçli taksiri veya olası kastı sebebiyle sonuçtan sorumlu tutulacaktır.

Bu noktada yukarıda da belirttiğimiz gibi, sorun nedensellik bağı ile değil, manevi unsur içinde ele alınarak çözümlenecektir. Zira failin eylemi ile bir araya gelen neden/ler bakımından nedensellik bağı konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Duraksamalı olan konu failin bir araya gelen neden/leri öngörmüş veya öngörebilecek durumda olup olmadığıdır ki bu manevi unsuru ilgilendirir. Bu durum sonradan(ex post) objektif bir değerlendirme olsa da ve önemli olanın öngörme olmayıp belirli bir sonucun belirli bir nedenin ürünü olarak sayılmamasının bilinmesi olsa da yine de

⁶² Bu düşünce için bkz. Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, C.II, s. 337; aksi düşüncede olanlar yani kastın bilme ve isteme unsuru içinde nedensellik bağının bilinmesi ve istenmesinin yer aldığı kabul etmeyenler, nedensellik bağının meydana geliş şeklini dikkate almadan başlangıçtaki kastın sonuca yönelik olmasını ve failin eylemi ile sonuç arasında nedensellik bağı bulunmasını kasten sonuçtan sorumluluk için yeterli görmektedirler. Ancak nedensellik bağının meydana geliş şeklini, nedensellik bağının kesilmesi olarak değerlendiriliyorsa, bu takdirde fail teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.

manevi unsur kapsamındadır. Buradan yola çıkılarak nedensellik bağının bulunmadığının ileri sürülmesi, manevi unsur ile nedensellik bağının karıştırılması anlamına gelir⁶³.

Buradaki tartışma alanlarından birisi, birden çok eylemli/sonuçlu ya da seçimlik eylemli/sonuçlu ya da birden çok işlemlili ya da birden çok eylemin bir bütün olarak tek eylem sayıldığı suçlarda bu birden çok ya da seçimlik işlemliler/eylemler/sonuçları, birden çok kimse gerçekleştirirse sorunun nasıl çözümleneceğidir. Bu durumlarda herkes kendi eylemi ve eylemin muktedir olup olmadığı göz önüne alınarak yapılan açıklamalar çerçevesinde varsa sorumlulukları ve verilecek cezanın miktarı belirlenecektir.

Bir başka sözü edilmesi gereken sorun da failin eylemi ile mağdurun eyleminin veya umulmayan durumların birleşmesi ile sonucun gerçekleşmesi durumudur⁶⁴. Muktedir payı olan nedensellik, sonucu meydana getiren birden çok nedenin bir araya gelmesi halinde söz konusu olacağından, nedenler yukarıdaki çizelgede de belirtildiği gibi, birden çok faile ait olabileceği gibi, mağdura ait bir neden veya umulmayan bir hal veya mücbir neden de olabilir. Bu durumlarda da ayrıksı bir durum söz konusu değildir. Burada da yapılan açıklamalar çerçevesinde sorun çözümlenecektir.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir başka konu da, nedensellik bağı bulunduğuna göre failin cezai sorumluluğunun ve verilecek cezanın ağırlığının; gerçekleşen sonucun suçun unsuru olan sonuç mu veya ağır sonuç mu veya nitelikli sonuç mu olduğuna, yine bu sonuca yönelik failin iradesinin bulunup bulunmadığına ve birleşen nedenleri failin bilip bilmediğine göre belirlenecek olmasıdır.

4- Muktedir olmayıp payı olan nedensellik⁶⁵: Sonucu gerçekleştirmeye muktedir olmayan failin eylemi ile sonucu gerçekleştirmeye muktedir olan birleşen neden/lerin birleşmesi ile sonucun meydana geldiği nedenselliklerdir. Burada çeşitli nedenler sonucu meydana getirmekte, fakat bunlardan biri olan failin eylemi yalnız başına sonucu meydana getirmeye muktedir olmamakla birlikte, diğer neden/ler sonucu meydana getirmeye muktedir bulunmaktadır. Birinin sonucu gerçekleştirmeye muktedir olduğu çeşitli

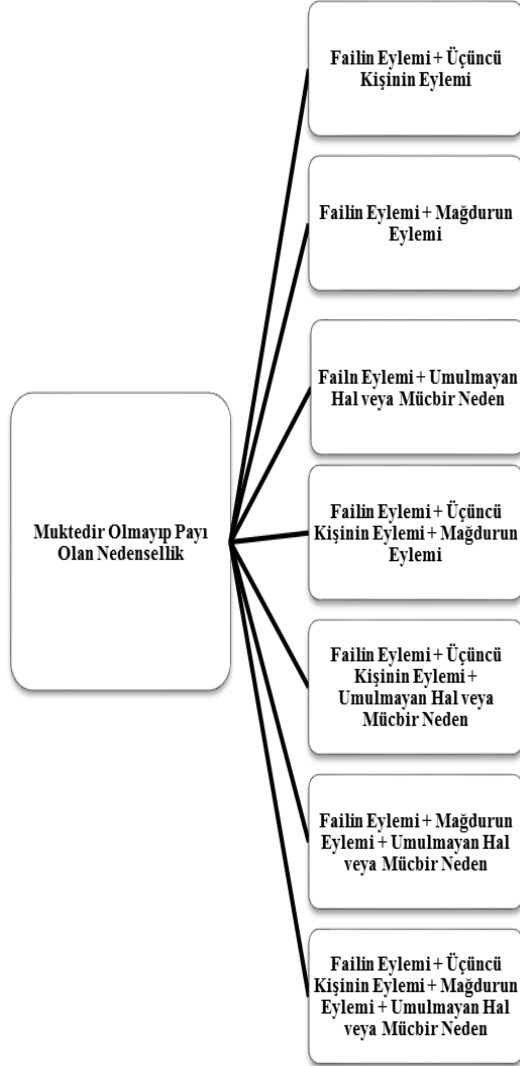
⁶³ Aksî düşünce için bkz. Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, s. 498.

⁶⁴ Bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 155.

⁶⁵ İngilizce olarak "incapable joint causality" düşünülmüştür. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

nedenleri gerçekleştirenler, fail de dâhil olmak üzere birbirlerinden haberdar değillerdir.

Bu hallerde nedenlerin birleşimi aşağıdaki Çizelge 9’da yer alan olasılıklar içinde olabilir.



Çizelge 9

Bu hallerin klasik örnekleri şu şekilde belirtilebilir: (A), (B)’yi fırtınalı bir havada ormana göndermekte, ormanda yıldırım düşmekte ve (B)

ölmektedir⁶⁶. Sürücü (A) dikkatsizliği yüzünden (B)'ye çarpıp hafif şekilde yaralanmasına neden olmaktadır. Gideceği yere uçakla(vapurla/trenle) gidecek olan (B) bu yüzden uçağına(vapuruna/trenine) yetişememektedir. Bir gün sonra bindiğı uçağı(vapur/tren) düşmekte(batmakta/devrilmekte) ve (B) ölmektedir⁶⁷. (A) (B)'yi yaralamakta, (B) hastaneye kaldırılmakta, hastanede yangın çıkmakta ve (B) yangında ölmektedir⁶⁸. (A) hırsızlık için bir kapıyı maymuncukla açmakta, (B) bu kapıdan içeri girmekte ve ev sahibini öldürmektedir⁶⁹. (A)'nın kullandığı hız sınırını aşmış ve kırmızı ışık ihlali yapmış aracının önüne, (B) intihar amacıyla kendisi atmakta ve (B) ölmektedir. Fail öldürmek için tüfeğini mağdura yöneltmekte, mağdur korku ile gerileyip bir uçuruma düşüp ölmektedir⁷⁰.

Muktedir olmayıp payı olan nedensellikte, sonuca neden olan her bir neden, sonucun gerçekleşmesi için zorunlu olduğundan, diğer bir anlatım ile nedenlerden biri olmadığında sonuç meydana gelmeyeceğinden, bu nedenlerle sonuç arasında nedensellik bağı bulunduğu konusunda herhangi bir duraksama bulunmamaktadır.

Muktedir olmayıp payı olan nedensellikte nedenlerin birleşmesi, bir yandan sonucu etkileyebilmekte, bir yandan da verilecek cezanın ağırlığını etkilemektedir. Bir yandan sonucu etkileyebilmektedir, zira sonuç nedenlerin bir araya gelmesinden doğmuştur. Nedenlerden hiç biri, diğerleri olmaksızın tek başına sonucu meydana getirmeye muktedir değildir⁷¹. Diğer yandan da verilecek cezanın ağırlığının belirlenmesi bakımından bir araya gelen nedenleri göz önüne almak gerekmektedir. Zira nedensellik bağının varlığına rağmen, verilecek cezanın azaltılması ya da tümüyle kaldırılması mümkündür. Bu doğrultuda sonucun meydana gelmesine, failin bilmediğı, öngörmediğı muktedir nedenlerin, eylemi ile birleşmesi neden olmuşsa cezanın hafifletilmesi kabul edilebilir⁷².

Muktedir olmayıp payı olan nedensellikte failin eylemi ile sonuç arasında nedensellik bağı bulunmaktadır. Zira sonuç failin eylemi ile gerçekleşmiştir. Diğer yandan failin kasten ya da taksirle gerçekleştirdiğı mukte-

⁶⁶ Örnek için bkz. Kunter, **a.g.e.**, s. 155.

⁶⁷ Örnek için bkz. Kunter, **a.g.e.**, s. 154.

⁶⁸ Örnek için bkz. Kunter, **a.e.**

⁶⁹ Örnek için bkz. Kunter, **a.e.**

⁷⁰ Örnek için bkz. Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, C. II, s. 336.

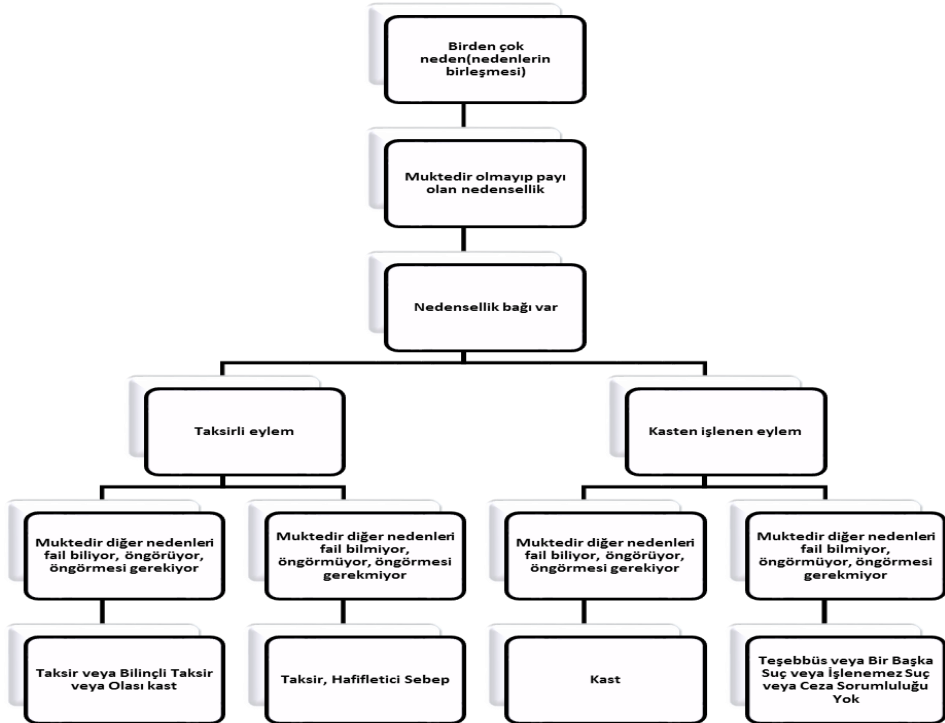
⁷¹ Eren, **a.g.e.**, s. 154.

⁷² Kunter, **a.g.e.**, s. 203.

dir olmayan eylemi sebebiyle cezai sorumluluğu da bulunmaktadır. Ancak çözümü gereken sorun verilecek ceza belirlenirken bir araya gelerek sonucu gerçekleştiren diğer muktedir neden/lerin göz önünde nasıl bulundurulacağıdır. Failin eylemi, sonucu gerçekleştirmeye muktedir değildir, ama sonuç failin eylemi ile meydana gelmiştir. Dolayısıyla fail, kastı varsa kasten, taksiri varsa taksirli eyleminden cezaen sorumlu tutulur.

Bu doğrultuda failin eyleminin “taksirli” ya da “kasti” oluşu üst ayrımı altında, somut olayın özellikleri göz önüne alınarak, “sonucun gerçekleşmesine bir araya gelerek neden olan diğer muktedir neden/leri failin bildiği, öngördüğü veya öngörmesi gerektiği” ya da bilmediği, öngörmediği veya öngörmesi gerekmediği durumlar, manevi unsurun yoğunluğu ve verilecek ceza belirlenirken, diğer bir anlatım ile verilecek cezada artırım ya da indirimle gidilirken göz önünde bulundurulacaktır.

Bu durumu Çizelge 10’da yer aldığı gibi “Nedensellik Bağı Uruşak Çizelgesi”nden yola çıkarak olasılıklara ayrabiliriz.



Çizelge 10

Muktedir olmayıp payı olan nedensellikte, fail, sonucun gerçekleşmesini bilerek isteyerek eylemini gerçekleştiriyorsa, failin eylemi, sonucu gerçekleştirmeye muktedir olmadığından fail teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir. Bununla birlikte fail bir araya gelen muktedir neden/leri bilip istiyorsa, bu takdirde gerçekleşen unsur sonuçtan kasten sorumlu tutulabilecektir. Fail bir araya gelen muktedir neden/leri öngörüyorsa, bu durumda sonuca yönelik iradesi bulunduğundan yine gerçekleşen unsur sonuçtan kasten sorumlu tutulabilecektir.

Fail bir araya gelen muktedir nedenleri bilmiyorsa, öngörmüyorsa ve öngörebilecek durumda değil ise, ancak sonuca yönelik kastı varsa, yukarıda da belirttiğimiz gibi failin eylemi sonucu gerçekleştirmeye muktedir olmadığından, koşulları gerçekleştirse işlenemez suç sebebiyle failin ceza sorumluluğu olmayacağı gibi, suçun teşebbüse elverişli olması halinde, fail koşulları varsa teşebbüsten sorumlu tutulacak, teşebbüs mümkün değil ise, o ana kadar gerçekleştirdiği eylem başka bir suçu oluşturuyorsa o suçtan cezaen sorumlu tutulacak, yoksa sorumlu tutulmayacaktır.

Failin kastı yok ise taksiri bulunuyorsa, taksiri nedeniyle sonuçtan sorumlu tutulacak, ancak bir araya gelen nedenleri öngörmemişse cezasında indirim yapılacaktır. Öngörmüş veya öngörebilecek durumda ise herhangi bir indirim yapılmayacak, koşulları varsa bilinçli taksiri veya olası kastı sebebiyle sonuçtan sorumlu tutulacaktır.

Bu noktada yukarıda da belirttiğimiz gibi, sorun nedensellik bağı ile değil, manevi unsur içinde ele alınarak çözümlenecektir. Zira failin eylemi ile bir araya gelen nedenler bakımından nedensellik bağı konusunda bir duraksama bulunmamaktadır. Duraksamalı olan konu failin bir araya gelen nedenleri öngörmüş veya öngörebilecek durumda olup olmadığıdır ki bu manevi unsuru ilgilendirir. Bu durum sonradan (ex post) objektif bir değerlendirme olsa da ve önemli olanın öngörme olmayıp belirli bir sonucun belirli bir nedenin ürünü olarak sayılmamasının bilinmesi olsa da yine de manevi unsur kapsamındadır. Buradan yola çıkılarak nedensellik bağının bulunmadığının ileri sürülmesi, manevi unsur ile nedensellik bağının karıştırılması anlamına gelir⁷³.

Buradaki tartışma alanlarından birisi, birden çok eylemli/sonuçlu ya da seçimlik eylemli/sonuçlu ya da birden çok işlemli ya da birden çok ey-

⁷³ Aksi düşünce için bkz. Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, s. 498.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

lemin bir bütün olarak tek eylem sayıldığı suçlarda bu birden çok ya da seçimlik işlemi/eylemi/sonucu, birden çok kimse gerçekleştirirse sorunun nasıl çözümleneceğidir. Bu durumlarda herkes kendi eylemi ve eylemin muktedir olup olmadığı göz önüne alınarak yapılan açıklamalar çerçevesinde varsa sorumlulukları ve verilecek cezanın miktarı belirlenecektir.

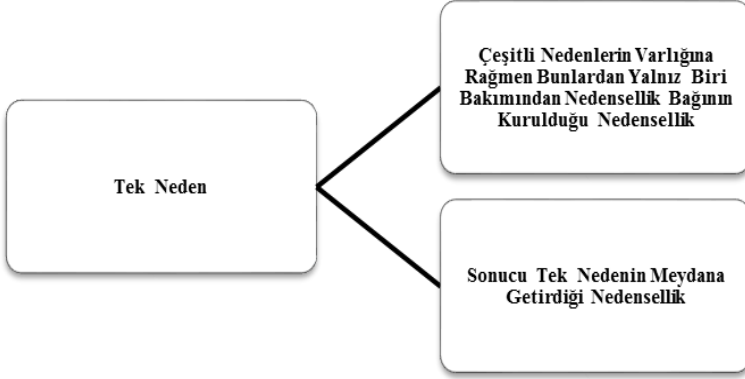
Bir başka sözü edilmesi gereken sorun da failin eylemi ile mağdurun eyleminin veya umulmayan durumların birleşmesi ile sonucun gerçekleşmesi durumudur⁷⁴. Muktedir olmayıp payı olan nedensellik, sonucu meydana getiren birden çok nedenin bir araya gelmesi halinde söz konusu olacağından, nedenler yukarıdaki çizelgede de belirtildiği gibi, birden çok faile ait olabileceği gibi, mağdura ait bir neden veya umulmayan bir hal veya mücbir neden de olabilir. Bu durumlarda da ayrıksı bir durum söz konusu değildir. Burada da yapılan açıklamalar çerçevesinde sorun çözümlenecektir.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir başka konu da, nedensellik bağı bulunduğuna göre failin cezai sorumluluğunun ve verilecek cezanın ağırlığının; gerçekleşen sonucun suçun unsuru olan sonuç mu veya ağır sonuç mu veya nitelikli sonuç mu olduğuna, yine bu sonuca yönelik failin iradesinin bulunup bulunmadığına ve birleşen nedenleri failin bilip bilmediğine göre belirlenecek olmasıdır.

B- Tek neden

Tek neden söz konusu olduğunda, Çizelge 11’de yer aldığı gibi karşımıza iki olasılık çıkmaktadır. Bunlar, “çeşitli nedenlerin varlığına rağmen bunlardan yalnız biri bakımından nedensellik bağının kurulduğu nedensellik” ve “sonucu tek nedenin meydana getirdiği nedensellik” şeklinde belirtilebilir.

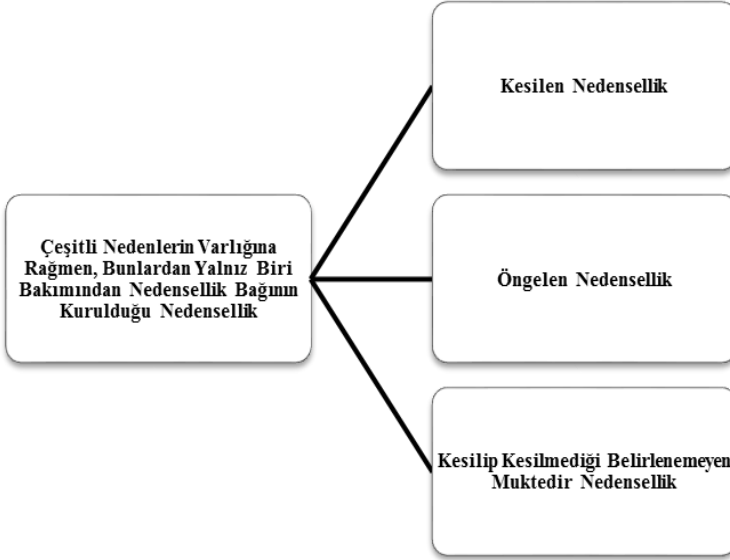
⁷⁴ Bkz. Eren, a.g.e., s. 155.



Çizelge 11

1- Çeşitli Nedenlerin Varlığına Rağmen, Bunlardan Yalnız Biri Bakımından Nedensellik Bağının Kurulduğu Nedensellik:

Çeşitli nedenlerin varlığına rağmen bunlardan yalnız biri bakımından nedensellik bağının kurulduğu nedensellik, Çizelge 12’de yer aldığı gibi, “kesilen nedensellik”, “öngelen nedensellik” ve “kesilip kesilmediği belirlenemeyen muktadir nedensellik” biçiminde üçe ayrılabilir.

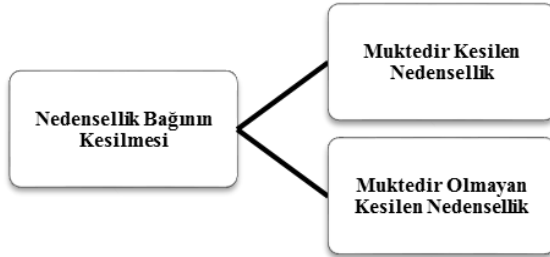


Çizelge 12

1- Kesilen Nedensellik: Normal şekilde devam etseydi sonucu meydana getirebilecek failin eyleminin gerçekleşmesinden sonra, diğer bir nedenin, failin eyleminin etkisi ortaya çıkmadan sonucu gerçekleştirdiği durumdur⁷⁵.

Nedensellik bağının kesilmesi tabiri(ifadesi), mecazi anlamda kullanılan bir tabirdir⁷⁶. Zira kesilme, nedensellik zincirinin önceden var olduğunun kabulünü içerir, gerçekte ise nedensellik bağının kesildiği söylenen durumlarda, failin eylemi ile sonuç arasında nedensellik bağı, önceden de bulunmamaktadır⁷⁷. Aslında sorun, nedensellik bağı ve suçun diğer öğeleri bulunduğu halde, failin cezai ve hukuki sorumluluğu belirlenirken, sonucu meydana getiren nedenlerin birbirleri ile olan ilişkilerinin göz önüne alınıp alınmamasıdır. Yukarıda⁷⁸ da belirtildiği gibi, İtalyan Ceza Kanununu 40 ve 41. maddelerinde yer alan ve esneklik sağlayan benzer ama iyi formüle edilmiş bir hükmün TCK’de bulunması, doktrini, zaman zaman kesilme bahanesi ile nedensellik bağının inkârı yoluna gitme zorunluluğunu muhtemelen ortadan kaldıracaktır⁷⁹.

Kesilen nedensellik söz konusu olduğunda, Çizelge 13’de yer aldığı gibi karşımıza iki olasılık çıkmaktadır. “Muktedir kesilen nedensellik” ve “muktedir olmayan kesilen nedensellik”.



Çizelge 13

⁷⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 80.

⁷⁶ Tandoğan, **a.e.**

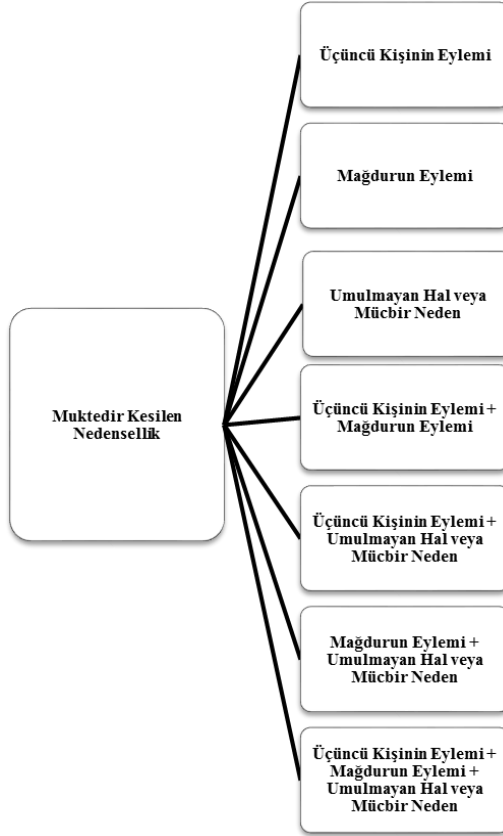
⁷⁷ Bu düşünceler için Bkz. Kunter, **a.g.e.**, s. 206-207.

⁷⁸ Bkz. dip not 17 yakınçevresi.

⁷⁹ Kunter, **a.g.e.**, s. 207-208.

a- Muktedir kesilen nedensellik⁸⁰: Hem failin eylemi hem de sonraki diğer neden/lerin kendi başına sonucu gerçekleştirmeye muktedir olup da, sonucun münhasıran sonraki diğer nedenden meydana geldiği nedensellik-tir. Bu durumda her bir neden, diğer neden olmaksızın, yani ondan bağımsız olarak, tek başına sonucu gerçekleştirmeye muktedir olmalı, sonucu meydana getirebilecek failin eyleminin gerçekleşmesinden sonra, sonraki nedenin, failin eylemi sonucu gerçekleştirmeden sonucu gerçekleştirmelidir.

Bu hallerde nedensellik bağının kesilmesi aşağıdaki Çizelge 14’de yer alan olasılıklar içinde olabilir.



Çizelge 14

⁸⁰ Varsayılan nedensellik veya farazi nedensellik de denmektedir. Almanca “hypothetische kausalität” kavramı kullanılmaktadır. “Sollayan muktedir nedensellik” de düşünülmüştür.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Bu hallerin klasik örnekleri şu şekilde belirtilebilir: (A), (B)'nin bar-
dağına öldürücü dozda zehir katmakta, fakat zehir henüz etkisini göster-
meden (C) tarafından silahla vurularak öldürülmektedir. Bir kimse kayık-
çıyı öldürecek derecede yaralamakta, kayıkçı yara henüz etkisini göster-
meden, ani çıkan bir fırtınada kayığın devrilmesi sonucunda ölmektedir⁸¹.

Muktedir kesilen nedensellikte, failin eylemi ile sonuç arasında ne-
densellik bağı bulunmamaktadır. Zira sonuç münhasıran sonraki diğer ne-
denden meydana gelmiştir ve failin eylemi olmasa da sonuç gerçekleşe-
cektir. Ancak failin kasten ya da taksirle gerçekleştirdiği muktedir kesilen
eylemi sebebiyle cezai sorumluluğu da ortaya çıkabilmektedir.

Burada çözümü gereken sorun; cezai sorumluluk(suç tipi) belirlenir-
ken ve verilecek ceza belirlenirken sonucu gerçekleştiren diğer muktedir
nedenin göz önünde bulundurulmasıdır.

Muktedir kesilen nedensellikte fail, sonucun gerçekleşmesini bilerek
isteyerek eylemini gerçekleştiriyorsa, failin eylemi, sonucu gerçekleştiri-
meye muktedir olduğundan fail teşebbüsten sorumlu tutulabilecektir. Bu-
rada failin kesen nedeni bilmesinin, öngörmesinin veya bilmemesinin, ön-
görmemesinin herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

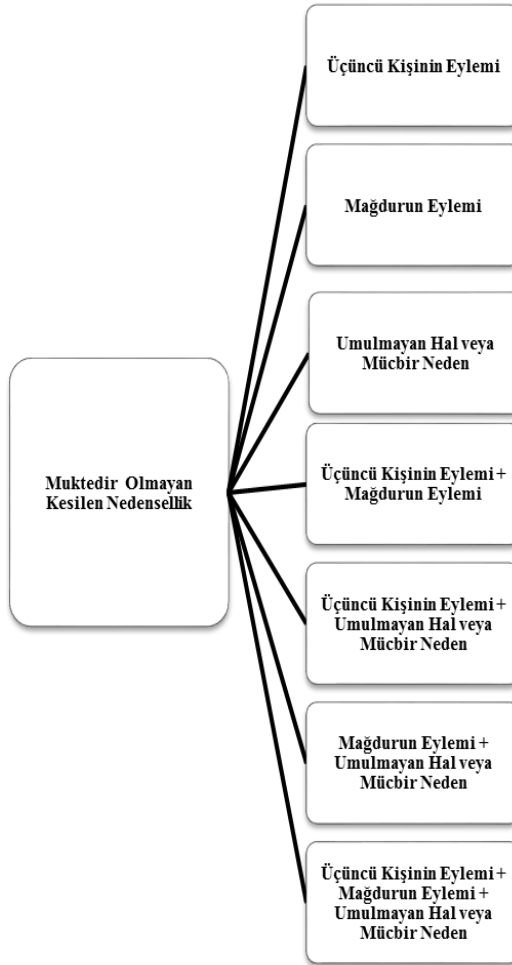
Failin kastı yok ise taksiri bulunuyorsa, taksiri nedeniyle o ana kadar
gerçekleştirdiği eylemleri taksirli suç tanımına giriyorsa, bu taksirli suçtan
sorumlu tutulacaktır. Bu durumda da failin kesen nedeni bilmesinin, ön-
görmesinin veya bilmemesinin, öngörmemesinin herhangi bir etkisi bu-
lunmamaktadır.

Bu noktada, sorun nedensellik bağı ile değil, teşebbüs ya da taksirli
suç içinde ele alınarak çözümlenecektir.

b- Muktedir olmayan kesilen nedensellik: Failin eyleminin sonucu ger-
çekleştirmeye muktedir olmadığı, diğer nedenin sonucu gerçekleştirmeye
muktedir olduğu, sonucun münhasıran diğer nedenden meydana geldiği
nedenselliklerdir. Burada dikkat edilmesi gereken konulardan birincisi, failin
eyleminin, somut olayda, gerçekleşen sonucu niteliği itibariyle gerçekleştiri-
meye muktedir olmamasıdır. Neden ile sonuç arasındaki bu muktedir
olamama durumu başlangıçtan itibaren bulunmamaktadır.

⁸¹ Örnek için bkz. Kunter, **a.g.e.**, s. 150.

Bu hallerde nedensellik bağının kesilmesi aşağıdaki Çizelge 15’de yer alan olasılıklar içinde olabilir.



Çizelge 15

Bu hallerin klasik örnekleri şu şekilde belirtilebilir: (A), (B)’nin bar-
dağına öldürücü olmayan dozda zehir katmakta, fakat zehir henüz etkisini
göstermeden (C) tarafından silahla vurularak öldürülmektedir. (A), tartıştı-
ğı (B)’yi bıçakla yaralamak üzereyken, meydana gelen deprem sonucunda
enkaz altında kalarak ölmektedir.

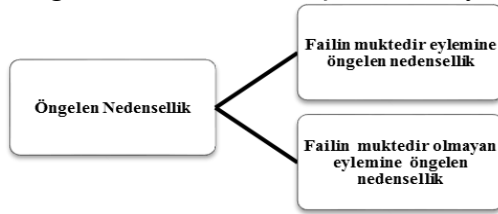
Muktedir olmayan kesilen nedensellikte, failin eylemi ile sonuç ara-
sında nedensellik bağı bulunmamaktadır. Zira sonuç münhasıran sonraki
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

diğer nedenden meydana gelmiştir ve failin eylemi olmasa da sonuç gerçekleşecektir. Ancak failin kasten ya da taksirle gerçekleştirdiği muktedir olmayan kesilen eylemi sebebiyle cezai sorumluluğu da ortaya çıkabilmektedir.

Muktedir olmayan kesilen nedensellikte fail, sonucun gerçekleşmesini bilerek isteyerek eylemini gerçekleştiriyorsa, failin eylemi, sonucu gerçekleştirmeye muktedir olmadığından, somut olayın özelliklerine göre fail teşebbüsten sorumlu tutulabilecek veya işlenemez suç nedeniyle ceza verilmeyecek veya eylem bir başka suçu oluşturuyorsa o suçtan ceza sorumluluğu olacak, böyle bir durum yoksa ceza sorumluluğu olmayacaktır. Burada failin kesen nedeni bilmesinin, öngörmesinin veya bilmemesinin, öngörmemesinin herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Failin kastı yok ise taksiri bulunuyorsa, taksiri nedeniyle o ana kadar gerçekleştirdiği eylemleri taksirli suç tanımına giriyorsa, bu taksirli suçtan sorumlu tutulacaktır. Bu durumda da failin kesen nedeni bilmesinin, öngörmesinin veya bilmemesinin, öngörmemesinin herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Burada sorun nedensellik bağı ile değil, teşebbüs ya da taksirli suç içinde ele alınarak çözümlenecektir.

2- Öngelen Nedensellik: Öngelen nedensellik Çizelge 16’da yer aldığı gibi, “failin muktedir eylemine öngelen nedensellik” ve “failin muktedir olmayan eylemine öngelen nedensellik” biçiminde ikiye ayrılabilir.



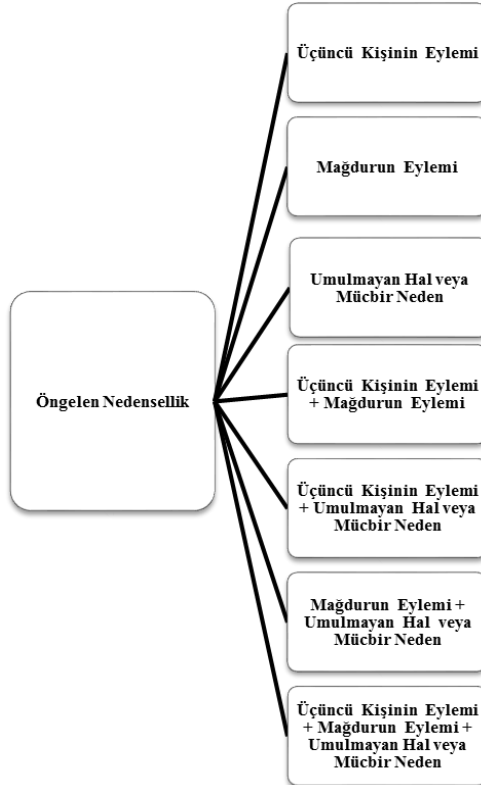
Çizelge 16

a- Failin muktedir eylemine öngelen nedensellik⁸²: Önceki neden sonucu meydana getirmiş, fakat sonradan gerçekleşen failin muktedir eyleminin de sonucu meydana getireceği kesin olan nedenselliktir. Burada önce-

⁸² Varsayılan nedensellik veya farazi nedensellik de denmektedir. Almanca “hypothetische kausalität” veya “überholte kausalität” kavramı kullanılmaktadır.

lik alan neden sonucu meydana getirdiğinden, failin muktedir eylemi etkisiz kalmıştır. Böylece ilk neden, failin eylemine öncelik almış bulunmaktadır⁸³. Burada sonucu meydana getirmeye muktedir birden çok neden olmakla birlikte, bunlardan yalnız biri sonucu meydana getirmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte, eğer bu neden, somut olayda gerçekleşen sonucu meydana getirmemiş olsaydı, failin eylemi sonucu kesin olarak meydana getirmiş olacaktı diyebileceğimiz nedensellik söz konusudur. Burada nedenler gerçek neden ve varsayılan neden olarak ikiye ayrılmakta, gerçek neden varsayılan nedenin önüne geçmekte, varsayılan neden, gerçek neden nedeniyle sonucun gerçekleşmesine katkıda bulunmamaktadır⁸⁴.

Bu hallerde nedenlerin failin eylemine öngelmesi aşağıdaki Çizelge 17'de yer alan olasılıklar içinde olabilir.



Çizelge 17

⁸³ Tandoğan, a.g.e., s. 82

⁸⁴ Eren, a.g.e., s. 164

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Bu hallerin klasik örnekleri şu şekilde belirtilebilir: (A)'nın tabancasından çıkan mermi, (C)'nin kalbine isabet edip onun ölümüne neden olmakta, ölüm sonucu gerçekleştikten sonra durumdan haberdar olmayan failin tabancasından çıkan mermi, (C)'nin beynine isabet etmektedir⁸⁵. Bir başka örnek de (A), seyahate çıkmak için hava limanına giderken bir otomobil kazasında ölmekte, bineceği uçak da kalktıktan biraz sonra düşüşündeki tüm yolcu ve mürettebatın ölmektedir. (A), otomobil kazasında ölmemiş ve uçağa yetişmiş olsaydı, uçak kazasında ölecek ve yine ölüm sonucu gerçekleşecekti⁸⁶.

Burada failin eylemi bir başka suçu oluşturmadığı takdirde, işlenmez suç hükümleri gereğince failin ceza sorumluluğu bulunmayacaktır. Failin öngelen nedeni bilmesinin veya öngörmesinin herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

b- Failin muktedir olmayan eylemine öngelen nedensellik⁸⁷: Önceki neden sonucu meydana getirmiş, fakat sonradan gerçekleşen failin eyleminin sonucu meydana getirmeye muktedir olmadığı nedenselliktir. Burada failin eylemine öngelen neden sonucu meydana getirdiğinden, failin muktedir olmayan eylemini etkisiz kalmıştır. Böylece ilk neden, failin eylemine öncelik almış bulunmaktadır.

Burada da nedenler gerçek neden ve varsayılan neden olarak ikiye ayrılmakta, gerçek neden varsayılan nedenin önüne geçmekte, varsayılan neden etkisini gösterememektedir.

Bu hallerin klasik örneği şu şekilde belirtilebilir: Örneğin (A)'nın tabancasından çıkan mermi, (C)'nin kalbine isabet edip onun ölümüne neden olmakta, ölüm sonucu gerçekleştikten sonra durumdan haberdar olmayan failin tabancasından çıkan mermi, (C)'nin koluna isabet etmektedir⁸⁸.

Burada failin eylemi bir başka suçu oluşturmadığı takdirde, işlenmez suç hükümleri gereğince failin ceza sorumluluğu bulunmayacaktır. Failin öngelen nedeni bilmesinin veya öngörmesinin herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

⁸⁵ Örnek için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 165.

⁸⁶ Örnek için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 82.

⁸⁷ Varsayılan nedensellik veya farazi nedensellik de denmektedir. Almanca "hypothetische kausalität" veya "überholte kausalität" kavramı kullanılmaktadır.

⁸⁸ Örnek için bkz. Eren, **a.g.e.**, s. 165.

3-Kesilip kesilmediği belirlenemeyen muktedir nedensellik⁸⁹: Her nedenin, diğer neden olmaksızın yani ondan bağımsız olarak tek başına sonucu gerçekleştirmeye muktedir olduğu, sonucun söz konusu nedenlerden biri tarafından getirildiğinin kesin olmasına rağmen, bunun hangi neden olduğunun belirlenemediği nedenselliktir. Sonucun failin eyleminin de içinde bulunduğu nedenlerden biri tarafından getirildiği kesin olmasına rağmen, hangisine bağlanabileceği belirlenemeyen nedenselliktir.

Bu hallerin klasik örnekleri şu şekilde belirtilebilir: Bir otelde aynı odaya iki temizlikçi bakmakta, müşterinin bir eşyası çalınmakta ve hangi temizlikçinin çaldığı belirlenememektedir⁹⁰. Bir başka örnek; bir kaç kişi aynı silahla ayrı ayrı ateş etmekte ve çıkan mermilerden biri, yoldan geçen birinin ölümüne yol açmaktadır. Ancak kimin attığı mermi ile ölüm sonucunun meydana geldiği belirlenememektedir. Kavga halindeki birkaç kişi birbirlerine saldırmakta, içlerinden biri yaralanmakta, fakat yaralayıcı darbeyi kimin vurduğu belirlenememektedir⁹¹.

Burada failin eylemi bir başka suç oluşturmadığı takdirde, nedensellik bağı belirlenemediğinden ve bu duruma ilişkin özel bir düzenleme de bulunmadığından failin ceza sorumluluğu bulunmayacaktır.

B-Sonucu tek nedenin oluşturduğu nedensellik

Bu olasılıkta nedensellik bağında ve cezai sorumlulukta ve verilecek cezanın ağırlığının belirlenmesinde özellikli bir durum bulunmadığından, failin eyleminin taksirli ya da kasten oluşuna göre, suçun diğer öğeleri gerçekleşmişse cezai sorumluluk belirlenecektir.

V- TEŞEBBÜS DERECESİNDE KALAN SUÇLARDA NEDENSEL- LİK BAĞI

Teşebbüs halinde kalan suçlarda sonuç meydana gelmediğinden suçun maddi unsuru gerçekleşmemiştir. Fail burada istediği ama gerçekleştiremediği sonuca yönelik eylemi sebebiyle sorumlu tutulmaktadır. Bu sorumluluğun sebebi ise diğer suçlardan farklı değildir.

⁸⁹ “Seçimlik” veya” alternatif nedensellik” de denmektedir. Almanca “alternative kausalitat” kavramı kullanılmaktadır.

⁹⁰ Örnek için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 86.

⁹¹ Örnek için bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 87.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Bilindiği gibi doğada kendiliğinden hak olmadığı gibi, haksız eylem ve suç oluşturan eylem de yoktur. Eylemin haksızlığı, hukuka aykırılığı bir değerlendirme, bir tercihtir. Eylemin hukuka aykırılığı, her hukuk alanına göre, o hukuk alanının anlayışına uygun olarak ayrı ayrı yapılan bir değerlendirmedir. Elbette ki bütün hukuk alanları insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ve buna uygun olduğu kabul edilen Anayasa ile bağımlıdır. Ama bu durum her hukuk dalının farklı bir anlayış ve amacı olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Bu doğrultuda hangi eylemlerin(olgu) suç olarak tanımlanacağı ceza hukuku anlayışı çerçevesinde yapılır. Ancak bunun bir değerlendirme olduğu ve ceza sorumluluğu çerçevesinde yapıldığının gözden uzak tutulmaması gerekir.

Günümüzde bir eylemin(olgu) suç olarak tanımlanmasının amacı, siyasal gücün otoritesini, toplumsal savunmayı veya etik değerleri korumak veya failin tehlikeliliğini önlemek değil, demokratik düzende bireyin sahip olduğu hakların ihlalini önlemektir. Dolayısıyla ceza sorumluluğunun konusu fail değil, hakkın ihlalidir⁹².

Ceza sorumluluğu doğuran bireyin hakkını ihlal eden dış dünyadaki değişiklik tanımlanırken, tanımlanan olgu bazen sonuç bazen eylemdir. Sonuç tanımlanmış ve gerçekleşmişse, korunan hakkın ihlal edildiği konusunda genellikle tartışma yoktur. Ancak eylem(hareket) suç olarak tanımlanmışsa, “eylemin(hareketin) korunan bireysel hakkı ihlale uygunluğu⁹³” aranır.

İşte teşebbüs hali de eylemin(hareketin) suç (cezalandırılan olgu) olarak tanımlandığı hallerdir. Bu hallerde, söz konusu koşullarda sonucu gerçekleşmeyeceği muhakkaktır⁹⁴. Ceza sorumluluğunu doğuran şey, korunan yararı ihlal etmeye uygun eylemin gerçekleştirilmesidir. Eylemin korunan hakkı ihlal etmeye uygun olup olmadığı bir değerlendirmedir. Bu değerlendirme tipiklik değerlendirmesi içinde yapılır. Bu çerçevede teşebbüs halinde kalan suçlar da dâhil tehlike suçlarında, zarar suçlarına göre maddi unsur farklı olduğu gibi, ceza sorumluluğunun koşulları da farklıdır.

⁹² Çetin Özek, 1997 Türk Ceza Yasasına İlişkin Düşünceler, **Sahir Erman’a Armağan**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1999, s. 647.

⁹³ İtalyan Ceza Kanunu m.40; İspanyol Ceza Kanunu Güvence Kuralları m. 4/2: Portekiz Ceza Kanunu m. 10.

⁹⁴ Benzer düşünceler için bkz. Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1984, s. 80, Kunter, a.g.e., s. 127.

Sonuç olarak teşebbüs halinde kalan suçlarda, sonuç olmadığına göre, nedensellik bağının söz konusu edilmesine olanak yoktur⁹⁵.

VI- YAPMAMA SUÇLARINDA NEDENSELLİK BAĞI

Sonucu meydana getiren failin eylemi, yapmak şeklinde olabileceği gibi yapmamak şeklinde de olabilir. Harekete geçmiş olan nedensellik mekanizmasına göre, sonuç meydana gelmek üzere ise, failin yapmaması sayesinde o sonuç meydana gelir. O sonucun gerçekleşmesine fail engel olmadığı için, o sonuca neden olmuş olur. Çünkü engel olsaydı o sonucun meydana gelmeyeceği ortadadır. Buraya kadar hep nedensellik bağı söz konusudur. Yapmamanın sonuca neden olduğunda herhangi bir duraksama bulunmamaktadır. Bir hasta zehir vermekle öldürülebileceği gibi, muhtaç olduğu ilacı vermemekle de öldürülebileceğinde kuşku bulunmaz⁹⁶.

Nedensellik bağının bulunup bulunmaması bakımından hukuki yükümlülüğün önemi bulunmamaktadır. Çünkü yükümlülük olsa da olmasa da failin yapma ya da yapmama eylemi aynı sonucu doğuracaktır⁹⁷.

Yapmamanın doğal anlamda neden olduğu halde yeterli olmaması; nedensellik bakımından değil, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan sebep bakımındandır. Zira eylem ve/veya sonuç suç tipindeki eylem ve sonuca uymakta, diğer bir söyleyişle suç tipini koyan norma aykırı bulunmaktadır. Ancak yapmama eylemi hukuki bir yükümlülük olarak bulunmadığı için cezalandırılmamaktadır.

Failin yapma veya yapmama eylemi ile hukuki normlar arasında bir karşılaştırma yapılacak ve bir değer hükmü verilecektir. Failin eyleminin hukuk normlarına aykırılığının belirlenmesi zorunludur. Fakat bu zorunluluk cezai sorumluluk bakımındandır. Failin eyleminin hukuk normlarına aykırı olup olmadığı değerlendirmesi zorunluluğunun, nedensellik bağı ile ilgisi bulunmamaktadır⁹⁸.

Eylemin ve sonucun hukuk normlarına aykırı olup olmadığı, özel ve genel aykırılık söz konusu olup olmadığına ve eylemin ve sonucun suç tipinde tanımlanmış olup olmadığına göre farklı şekilde belirlenir. Eylem suç tipinde tanımlanmışsa, meşru müdafaa, kanunun hükmünü yerine ge-

⁹⁵ Benzer düşünceler için bkz. Kunter, **a.g.e.**, s. 187; Sözüer, **a.g.e.**, s. 50.

⁹⁶ Kunter, **a.g.e.**, s. 40.

⁹⁷ Kunter, **a.e.**

⁹⁸ Kunter, **a.g.e.**, s. 41.

tirme gibi ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran fiile ilişkin genel sebeplerin bulunmaması, ya da özel kısımda ayrıca gösterilmiş olan fiile ilişkin ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran özel sebeplerin bulunmaması, eylemin ve sonucun ceza sorumluluğu doğurduğu hükmüne varmamız için yeterlidir. Eylem suç tipinde tanımlanmamışsa, yalnızca sonuç tanımlanmışsa, bu durumda, failin eylemi yapma şeklinde ise, kanun koyucu sonucu yasaklamakla, o sonucu yapma şeklinde neden olan eylemi de yasaklamıştır. Bu sebeple eylemin tanımlanmış olduğu hallerde olduğu gibi, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran fiile ilişkin genel veya özel sebeplerin bulunmaması, eylemin ve sonucun ceza sorumluluğu doğurduğu hükmüne varmamız için yeterlidir. Failin eylemi yapmama şeklinde ise, diğer bir anlatım ile failin eylemi sonucu önlememek şeklinde tanımlanabiliyorsa, kanun koyucunun o sonucu tanımlamakla, o sonuca neden olan her yapmama eylemini kastedip kastedmediği konusunda duraksama olabilir. Bu duraksamayı kanun koyucunun kendisinin tanımlayarak yenmesi en iyi çözümdür. Bu tanımlama yalnızca sonucun gösterildiği her suç tipinde yapılabilir, ancak kanun tekniği açısından sıkıntılı ve sakıncalıdır. Kanun koyucunun başvurabileceği ikinci yol genel kısımda genel bir hüküm koymaktır. İtalyan Ceza Kanununun; kimse kendi icra ve ihmalinin sonucu olmadıkça kanunun suç saydığı zararlı veya tehlikeli sonuçtan dolayı cezalandırılmaz, hukuken engelleme yükümlülüğü var ise, sonuca engel olmamak ona neden olmak ile eşittir, şeklindeki 40. maddenin 1. ve 2. fıkrası bu niteliktedir⁹⁹.

Görüldüğü gibi bütün bunların nedensellik bağı ile ilgisi yoktur. Sonuca neden olmak için, eylemin hukuk normlarına uygun ya da aykırı olmasının önemi yoktur. Annenin çocuğunu beslemek yükümlülüğü olsa da olmasa da annenin çocuğunu aç bırakması, çocuğun ölümüne neden olacaktır.

Kanunlarda İt. C. K. m.40/2. maddesine benzer bir genel¹⁰⁰ düzenleme olmadığından, yalnızca sonucun tanımlandığı suçlarda, sonuca neden olan yapma ve yapmama eylemlerinin tümünün tipe dahi olduğu kabul edilecek ve hukuki yükümlülük olmadan sonucu önlemeyenler cezalandırılacak ya da yalnızca yapma eylemlerinin dâhil olduğu, yapmama eylemle-

⁹⁹ Benzer düşünceler için bkz. Kunter, **a.g.e.**, s. 41-42 ve Dönmezer-Erman, **a.g.e.**, C.I, sh. 470, 477 ve 478.

¹⁰⁰ TCK m. 83, 88 ve 94/5 ayırık.

rinin dâhil olmadığı sonucuna ulaşılacak ya da kanunun düzenlemesi olmadığı, suskun kaldığı durumlarda, onun boşluğunu doktrin, doldurarak belirleyecektir¹⁰¹. Böylece hukuki bir yükümlülüğün ihlali şeklinde gerçekleşmeyen yapmama eylemlerinin, yani sonuca engel olmayışların, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran fiile ilişkin genel veya özel sebeplerin bulunmaması sebebiyle, eylemin ve sonucun ceza sorumluluğu doğurduğu hükmüne varmamızı sağlayacaktır¹⁰².

SONUÇ

Makalemizde neden ve sebep farkı ortaya konulduktan sonra nedensellik bağının her suçta aranmadığı düşüncesine ulaşılmış ve nedensellik bağına ilişkin iki önemli kuram açıklanmıştır. Doğal Nedensellik Bağı ve Koşulların Eşitliği Kuramı temel alınarak “Nedensellik Bağı Uruşak Çizelgesi” oluşturulmuş, nedensellik bağı ile ilgili tüm olasılıklar ve bu olasılıklar içinde yer alan sorunlar ve çözümleri kendi ceza hukuku teorimiz çerçevesinde ortaya konmaya çalışılmıştır. Ayrıca teşebbüs derecesinde kalan suçlarda ve yapmama suçlarında nedensellik bağına değinilmiş ve yine kendi ceza hukuku teorimiz çerçevesinde sonuçlara ulaşılmıştır. Böylelikle ceza hukukunda nedensellik bağı konusunda, olasılıkların sistematik olarak ele alınmasında karşılaşılan sorunlar çözümlenmeye çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I**, Beta Basım Yayım A.Ş., 11. Bası, İstanbul 1994.

Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara 1975.

Sahir Erman - Çetin Özek, **Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı Suçlar**, Dünya Yayıncılık A.Ş., İstanbul 1994.

Orhan Hancerlioğlu, **Felsefe Ansiklopedisi**, Remzi Kitapevi, 1. Baskı, Ankara 1978, C. 4.

Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954.

¹⁰¹ Kunter, **a.g.e.**, s. 44 – 45.

¹⁰² Kunter bu durumda hukuka aykırılık unsurunun bulunmadığını ileri sürmektedir. (Bkz. Kunter, **a.g.e.**, s. s. 219-220-221.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitapevi, İstanbul 1982, s.194.

Çetin Özek, 1997 Türk Ceza Yasasına İlişkin Düşünceler, **Sahir Erman'a Armağan**, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1999, s. 639-701.

Haluk Tandoğan, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1961.

Uğur Uruşak, **Ardıgelen Suçlar**, YÜHFD, Y. 2014, C.X1 , Sy.1 , s.159-212.

Uğur Uruşak, **Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Bir Hakkın Kullanılması**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

Adem Sözüer, **Suçta Teşebbüs**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1984.

İFLAS ERTELEMEDE TEDBİR KARARININ ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TESİRİ

(EFFECTS TO THE THIRD PARTY OF COUTIONARY JUDGEMENT IN SUSPENSION
OF BANKRUPTCY)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Murat Serhat SARISÖZEN*

ÖZET

Borca batık hale gelen sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin iflasları ertelenebilmektedir. İflas erteleme kurumu, şirketin iflasının ertelenmesi suretiyle durumunun daha da ağırlaşmasının önlenmesi ve böylece alacaklıların korunmasına hizmet etmektedir. Makalemizde, iflasın ertelenmesi talebi üzerine alınabilecek tedbirler ve erteleme kararının sonuçları konusunda üçüncü kişilerin durumu, yasal düzenlemeler, Yargıtay'ın kararları ve doktrinel tartışmalar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İflas, iflasın ertelenmesi, İcra ve İflas Kanunu, borçlu, alacaklı.

ABSTRACT

Insolvency of capital companies and cooperatives can be postponed by an order of commercial court. In our article, preliminary measures in postponement of bankruptcy proceedings, the third parties' situation with respect to postponement of bankruptcy orders, legal regulations, decisions of the Supreme Court of Appeals and doctrinal discussions are studied on.

Keywords: *Bankruptcy, postponement of bankruptcy, Code of Enforcement and Bankruptcy, debtor, creditor.*

* Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** msarisozen@fatih.edu.tr

A) GİRİŞ

Kanun koyucu, borca batıklığın zorunlu iflas sebebi olması yoluyla alacaklıların menfaatlerinin zedelenmemesi şartıyla; sermaye şirketleri (anonim, limited, paylı komandit şirket) ve kooperatifler hakkındaki zorunlu iflas sebebine ilişkin düzenlemeyi, iflasın ertelenmesi kurumu ile yumuşatmıştır¹. İflasın ertelenmesi, ticaret mahkemesine, borca batık durumda olan bir sermaye şirketi hakkında iflas kararı vermekten, belli koşullarla geçici olarak sarfinazar etme imkanı veren ve iflasın önlenmesine hizmet eden, geçici hukuki koruma niteliğinde bir kurumdur².

Bir sermaye şirketinin iflasına karar verilmesi ile malvarlığının cebri satış ile paraya çevrilmesi yerine, şirketin mali durumunun düzeltilerek alacaklıların alacaklarına kavuşması, bu kişiler bakımından da daha elverişli olacağından, iflasın ertelenmesi ile şirket ve alacaklı menfaatlerine hizmet edilmiş olmaktadır³. Bu durumdaki şirket, ekonomik olarak tek-

¹ **Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Sungurtekin Özkan Meral/ Özekes Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku, B.10, Ankara 2012, s. 648; İflasın ertelenmesi, bir yandan sermaye şirketinin iç işlerine ve mali durumunda yabancı olan alacaklıların, şirket tarafından yapılan borca batıklık bildirimine üzerine, beklenmedik bir anda ortaya çıkan iflas sebebiyle uğrayabilecekleri zararlara karşı korunması; diğer yandan, mali durumunun düzelmesi imkanı bulunan bir sermaye şirketinin iflastan kurtularak varlığını sürdürebilmesi amaçlarına hizmet etmektedir (**Atalay Oğuz**, Borca Batıklık ve İflasın Ertenilmesi, B.2, İzmir, 1996, s. 105).

² **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes**, s. 647; **Atalay**, İflas., s. 105; s. 65; Başkaca tanımlar için bkz. **Muşul Timuçin**, İflasın Ertenilmesi, B.2, İstanbul 2010, s. 19 vd; **Deliduman Seyithan**, İflasın Ertenilmesinin Etkileri, İstanbul 2008, s. 7-8; **Özekes Muhammet**, İflasın Ertenilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, Eskişehir 1-2 Ekim 2004, s. 454; **Ermenek İbrahim**, İflasın Ertenilmesi, Ankara 2010, s. 83 vd; **Toraman Barış**, İcra ve İflas Kanununa Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Ertenilmesi Talebi, Ankara 2007, s. 30; **Muşul Timuçin**, İcra ve İflas Hukuku, B.4., Ankara 2010, s. 1143; **Yıldırım Kamil**, 4949 sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra İflas Kanunu'nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflasın Ertenilmesine İlişkin Yeni Hükümler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2005, C.I, S.2, s. 483; **Özbek Mustafa**, Yapı Sözleşmesinde Yüklenicinin İflasının Ertenilmesiyle Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, MİHDER, Y.2008/1, S.9, s. 30.

³ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes**, s. 648; **Üstündağ Saim**, İflas Hukuku, B.6'ya ek baskı, İstanbul 2004, s. 6; **Özekes**, Toplantı, s. 455; **Muşul**, Erteleme, s. 33; **Muşul**, İcra, s. 1143; **Kuru Baki**, Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası, Makaleler, İstanbul 2006, s. 826; **Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s. 998; **Arslan Ramazan**, İflasın Ertenilmesi Uygulamaları, Bankacılar Dergisi, S.67, Y.2008, s. 117; **Toraman**, s. 31; **Kılıçoğlu Evren**, İflasın Ertenilmesinin Konkordato ve Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Kurumlarıyla Karşılaştırılması, *YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)*

rar hayata kazandırılmakta, işletme devamlılığını sürdürmekte; bu sayede şirket alacaklıları, alacaklarının tamamını tahsil edebilecek bir muhatap ile karşı karşıya gelme imkanı bulmaktadır⁴.

İflasın ertelenmesi kararı, mali durumu bozuk olan şirket hakkında verilebilir. Bu sebeple iflasın ertelenmesinin etkisinin kişi yönünden sınırlı olması ve üçüncü kişilere tesir etmemesi gerekmektedir. Hatta iflas erte-

Prof.Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 451; **Gülin Güralp Ayşe**, İflasın Ertelenmesinde Kayyım Atanması, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, DEÜHFD, Y.2005, C.7, s. 58; **Oy Osman**, İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2009, s. 19; Özkes, iflasın ertelenmesinin temelinde sadece alacaklıların veya şirketin değil, bir denge içerisinde kümülatif faydanın yattığını vurgulamaktadır (**Özkes**, Toplantı, s. 456); Buna karşın savunulan diğer görüşe göre, iflasın ertelenmesi kurumu ile “alacaklıların menfaatlerini zedelememek koşuluyla”, şirketin menfaatleri korunmak istenmiştir, bu nedenle iflasın ertelenmesi kurumu ilk planda şirkete ilişkin menfaatlere hizmet eder (**Atalay**, İflasın Ertelenmesi, s. 67; **Atalay**, İflas, s. 106; **Deliduman Seyithan**, İflasın Ertelenmesi Davalarında İİK 89. Maddenin Uygulanma Biçimi Üzerine Düşünceler, İBD, C.81, S.6, Y.2007, s. 2604; **Yarıcı Hülya**, Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, İstanbul 2007, s. 155); Pekcantez, iflasın ertelenmesi prosedüründe alacaklıların etkisinin son derece sınırlı olmasını eleştirmiştir (**Pekcantez Hakan**, İflasın Ertelenmesi Kurumuna Eleştirel Bakış, MİHDER, 2010/3, S.17, s. 490); Taşpınar Ayvaz'a göre iflas ertelemesinin alacaklıları koruyucu etkisinin çok fazla olduğu söylenemez, hatta tersine, erteleme sonucunun iflas olması olasılığı nedeniyle, bu durum onları belirli bir ölçüde rahatsız etmesi de mümkündür. Bu durumda iflasın ertelenmesi alacaklılar bakımından söz edilen yararı sağlamaz. Bu yarar ancak iflasın ertelenmesi sonucunun olumlu olması olasılığında vardır, aradan geçen zaman ve şirketin eriyen malvarlığı nedeniyle alacaklıların daha kötü duruma gelmeleri de mümkündür (**Taşpınar Ayvaz Sema**, İcra-İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005, s. 262); Yılmaz'a göre ise, iflasın ertelenmesi hakime ve ilgililere daha geniş bir hareket alanı sağlayabilir. Nitekim mali durumunu düzeltmek için borçlunun başvurabileceği çareler konusunda herhangi bir yönlendirme, sınırlama beyan edilmemiştir. İflasın ertelenmesi kurumu, mali durumun düzeltilmesine ilişkin tedbirlerin uygulamaya konulması bakımından borçluya herhangi bir yardım veya destek sağlamamaktadır (**Yılmaz Ejder**, Makaleler, 4949 ve 5092 sayılı Kanunlarla İflas Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler, 2.Cilt, Ankara 2014, s. 1333); Türk'e göre ise iflâsın ertelenmesinde ilk planda göz önünde bulundurulacak olan başta alacaklılar olmak üzere kamunun çıkarlarıdır (**Türk Ahmet**, Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflası ve İflasın Ertelenmesi Konusunda İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler, DEÜHFD, C.6, S.1, Y.2004, s. 312).

⁴ **Seven Vural**, İflasın Ertelenmesi Kararının Kambiyo Senedi Hamilinin Müracaat Hakkına Etkisi, Prof.Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 421; Ayrıca bkz. **Uyar Talih**, 4949 sayılı ve 17.7.2003 tarihli İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Getirdiği Yenilikler, TBB Dergisi 2003, S.49, s. 190 vd.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

lemeye konu şirket yönünden dahi iflas ertelemede verilecek kararlara ilişkin olarak Öztekin, “iflasın ertelenmesine karar veren hakimın sadece ilaç vereceğini, hiçbir zaman cerrahi tıbbı başvuramayacağını” vurgulamıştır⁵. Bu bağlamda iflas ertelemedeki tedbir kararları ertelemeye konu şirket için bile sınırlı bir etki oluşturur. Buna karşın Yargıtay’ın ve özellikle yerel mahkemelerin iflas ertelemeyle ilgili tedbir kararlarına ilişkin şirketi de aşırp üçüncü kişilerle ilgili karar verdiğini görmekteyiz. Bu çalışmada ilk önce kefiller bakımından iflasın ertelenmesinde verilen tedbir kararlarını ve buna ilişkin doktrindeki görüşleri, ardından Yargıtay’ın 2015 tarihli, oldukça tartışılacak iflas ertelemeyle ilgisi olmayan ipotekli malik (üçüncü kişi) açısından vermiş olduğu bir karardan yola çıkarak, ipotekli malın üçüncü kişiye ait olması durumunda üçüncü kişi açısından tedbir kararının etki doğurup doğuramayacağını inceleyeceğiz. Son olarak yerel mahkemelerin iflas ertelemede tedbir kararı olarak sıklıkla verdiği hacizlerin kaldırılması yönündeki kararlara ilişkin hukuki durumu değerlendireceğiz.

B) MÜTESELSİL BORÇLULAR VE KEFİLLER BAKIMINDAN TEDBİR KARARININ ETKİSİ

İcra ve İflas Kanunu m.179/b hükmünden anlaşılacağı gibi iflas erteleme ile iflası ertelenen şirket açısından geçici bir rahatlama imkanı tanınmaktadır. İflasın ertelenmesi kararının tatil etkisi sadece hakkında karar verilen şirkete özgüdür; erteleme kararıyla birlikte tedbiren, şirket ortakları veya şirket borçlarına kefil olan kişiler hakkındaki takiplerin durdurulmasına karar verilemez⁶. Yani iflasının ertelenmesine karar verilen şirketle ilişkisi ne olursa olsun, bunun dışındaki kişiler bakımından iflasın ertelenmesi

⁵ Öztekin Selçuk, İflasın Ertelenmesi, İstanbul 2007, s. 16; Öztekin Selçuk, İflasın Ertelenmesi, TBB Bankacılar Dergisi, S.59, Y.2006, s. 42.

⁶ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özkes, s. 670; Pekcanitez Hakan, Anonim Ortaklıkların İflası, Prof.Dr. İlhan Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul 1990, s. 344; Deliduman, Erteleme, s. 106; Muşul, Erteleme, s. 209; Ermenek, s. 295; Öztekin, Makale, s. 69; İflasın Ertelenmesi Kararının Sonuçları, TBB Bankacılar Dergisi, S.59, Y.2006, s. 113; Atalay Oğuz, İİK’da İflas Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, Ankara 30 Eylül – 1 Ekim 2005, s. 273; Türk, s. 316; Balcı Şakir, İflasın Ertelenmesi, B.2, İzmir 2007. s. 305; Baş Sanlı, İflasın Ertelenmesi ve Adi Konkordatonun Borçlunun Kefillerine Etkisi, İBD, C.82, S.1, Y.2008, s. 103; Oy, s. 62.

kararının bir etkisi yoktur⁷. İflasın ertelenmesi halinde şirketin alacaklısının, müteselsil kefil ve müşterek borçluya müracaat ederek alacağının tamamını ondan alması mümkündür⁸. Takip yasağı olmayan kefillerin içine adi kefiller de girmekte olup; iflasın ertelenmesi halinde adi kefiller bakımından da takip yapılabilir⁹.

Şirket ile birlikte müteselsilen borçlu olanlar veya borca kefil olanlar hakkında erteleme süresi boyunca takip yapılamayacağı ve başlamış takiplere devam edilemeyeceği yönünde ihtiyati tedbire karar verilmesi durumunda alacaklının maddi hukuktan kaynaklanan bir teminatı etkisiz hale gelebilecek veya bazı kişilere, kanunen tanınmayan bir imkan sağlanacaktır¹⁰.

Buna ilişkin Yargıtay, doktrinde de genel olarak kabul edilen görüşlerle aynı doğrultuda kararlar vermektedir. Aşağıdaki başlıkta ipotekli malın maliki bakımından tedbir kararının etkisine ilişkin Yargıtay'ın farklı görüşteki kararını incelemeden öncelikle bu konuda Yargıtay'ın verdiği emsal kararlara bakmak konunun daha iyi değerlendirilmesini sağlayacaktır.

Yargıtay bir kararında “Erteleme talebinde bulunan lehine müteselsil kefil olanların erteleme kararı sonucu verilen takip yasağından faydalanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından erteleme talebi müteselsil kefiller yönünden geçerli olmayacağını¹¹” hükme bağlamıştır.

Başka bir karara bakacak olursak: “...iflasın ertelenmesini talep eden şirketin malvarlığının korunması için mahkemeye her türlü tedbiri alma yetkisi tanınmıştır. Tedbirini erteleme talebinde bulunan şirket yönünden uygulanacağı kabul edildiğinden, şirkete göre üçüncü kişi konumunda bu-

⁷ **Atalay**, İflasın Ertenilmesi, s. 156; **Öztek**, s. 122; **Muşul**, İcra, s. 1178; **Ermenek**, s. 296.

⁸ **Öztek**, s. 122; **Muşul**, Erteleme, s. 209; **Pekcanitez**, Erteleme, s. 344; **Öztek**, Makale, s. 69; **Muşul**, İcra, s. 1178; **Türk**, s. 316; **Yüksel**, s. 113; **Uyar Talih**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, C.10, B.2, Ankara 2009, s. 15698; **Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deyneli Adnan/ Doğan Ayhan**, İİK Şerhi, C.4, Ankara 2007, s. 4696; **Balcı**, s. 305.

⁹ **Deliduman**, Erteleme, s. 121; **Muşul**, Erteleme, s. 235; **Pekcanitez**, Erteleme, s. 354; **Öztek**, Makale, s. 69; **Atalay**, Toplantı, s. 273; **Muşul**, İcra, s. 1189.

¹⁰ **Atalay**, İflasın Ertenilmesi, s. 157.

¹¹ **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özkes**, s. 670.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

lunan kefil veya ipotekli taşınmaz maliklerinin hukuki durumunu etkileyecek şekilde tedbire hükmedilmesi mevcut düzenlemeye aykırıdır¹²”.

Başka bir kararında Yargıtay: “...Mahkemece yasa hükmüne rağmen rehinli takiplerin durdurulmasına karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Mahkemece bu yönlerin gözetilmemesi isabetsiz olduğu gibi müteselsil kefillerin erteleme kapsamında olduğunun kabulü de yerinde görülmemiştir¹³” kararına hükmetmiştir.

Başka bir kararında Yargıtay: “İflasın ertelenmesi kararı sonucu verilen tedbir kararları erteleme talebinde bulunan şirketle ilgili olarak verilebilir. Mahkemece tedbir kararının kefiller hakkında uygulanmasına karar verilmesi ...usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir...¹⁴”.

Yine bir Yargıtay kararında iflas erteleme tedbir kararının üçüncü kişilere tesir etmeyeceği şu şekilde vurgulanmıştır: “...Bu tedbir kararı sadece borçlu şirket için verilmiş olup hakkında tedbir kararı bulunmayan icra kefil M. U. I. yönünden hüküm ve sonuç doğurmaz. İcra kefilinin aynı zamanda borçlu şirketin yetkilisi olmasının sonuca etkisi yoktur. Bu sebeple icra müdürlüğünce tedbir kararı sebebiyle icra kefil için de takibin durdurulmasına karar verilmesi isabetsizdir...¹⁵”.

Yargıtay’ın yukarıdaki kararlarını isabetli bulduğumuzu ifade etmek isteriz. Yukarıdaki kararlardan yola çıkarak benzer şekilde Yargıtay’ın iflas ertelemeye konu şirkete teminat olarak ipotekli taşınmazını gösteren üçüncü kişi açısından da aynı sonuca ulaşması beklenmesine karşın Yargıtay burada farklı bir içtihat geliştirmiştir.

C) İPOTEKLİ MALIN MALİKİ BAKIMINDAN TEDBİR KARARININ ETKİSİ

İcra ve İflas Kanunu’nun “Erteleme Kararının Etkileri” başlıklı 179/b maddesi uyarınca “*Erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur; bir takip muamelesi ile kesilebilen za-*

¹² 19.HD, 2004/11750 E., 2005/2789 K., 17.3.2005 T. (**Deliduman**, Erteleme, s. 76; **Öztek**, Makale, 70).

¹³ 19.HD, 2004/3011 E., 2004/8154 K., 8.7.2004 T. (**Deliduman**, Erteleme, s. 119; **Öztek**, Makale, 70; **Uyar**, Şerh, s. 15699).

¹⁴ 19.HD, 2005/9419 E., 2005/12879 K., 22.12.2005 T. (**Öztek**, Makale, 70; **Günel**, s. 199-200; **Uyar**, Şerh, s. 15698).

¹⁵ 12.HD, 2011/681 E., 2011/16138 K., 20.9.2011 T. (Kazancı Hukuk Otomasyonu).

manaşımı ve hak düşüren müddetler işlemez. Erteleme sırasında taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir; ancak bu takip nedeniyle muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. Bu durumda erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehinle karşılanamayacak faizler teminatlandırılmak zorundadır... ”. Erteleme süresi içinde takip yasağının istisnalarından biri bazı rehinli alacaklar lehine kabul edilmiştir. Kanun koyucu iflasın ertelenmesinde taşınır, taşınmaz ve ticari işletme rehni ile temin edilmiş olan alacaklar için takip imkanı tanımıştır. Bununla birlikte erteleme süresi içinde yapılacak rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, rehin konusu mallar hakkında muhafaza tedbirleri alınamayacak ve rehinli malların satışı yapılamayacaktır.

İflasın ertelenmesinin en başta gelen amacı şirket aktifinin muhafaza edilmesidir¹⁶. İflasın ertelenmesi, hiçbir şekilde alacaklıların haklarına dokunmak gibi bir sonuç doğurmaz¹⁷. Nitekim iflasın ertelenmesi kurumu ile şirket ile alacaklılar arasında hassas bir menfaat dengesi kurulması amaçlanmıştır¹⁸. Alacaklı menfaatlerinin korunması, iflasın ertelenmesinin

¹⁶ **Öztek**, s. 24; **Öztek**, Makale, s. 44; İflas erteleme için çeşitli amaçları için ayrıca bkz. **Deliduman**, Erteleme, s. 8-20.

¹⁷ **Öztek**, s. 28; **Özekes**, Toplantı, s. 503; **Muşul**, İcra, s. 1178.

¹⁸ Bkz. **Özekes**, Toplantı, s. 456; **Seven**, s. 421; **Türk**, s. 314; **Kuru**, Makaleler, s. 826; **Kuru Baki**, İflasın Ertelenmesi Kararından Önce İcra Takiplerinin Durdurulması Hakkında İhtiyati Tedbir Kararı Verilebilir mi?, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.2, Ankara 2009, s. 316; **Öztek Selçuk**, İflasın Ertelenmesi Yargılaması Çerçevesinde İleri Sürülen İhtiyati Tedbir Taleplerine İlişkin Bazı Sorun ve Düşünceler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.2, Ankara 2009, s. 405; **Atalay Oğuz**, İflasın Ertelenmesi, Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 85; **Toraman**, s. 31; **Kılıçoğlu**, s. 451; **Deliduman**, Düşünceler, s. 2605; Yargıtay bir kararında borçlunun menfaati kadar alacaklının da menfaatinin gözetilmesi gerektiğini şu şekilde hükme bağlamıştır: “...iflasın ertelenmesi talebinde bulunmuş olan borçlu şirketin kefilinin veya borçlu şirket lehine taşınmazını ipotek eden taşınmaz malikinin hukuki durumunu etkilemeye, borçlu şirketin alacaklılarının alacaklarını tahsil amacıyla uygulayabilecekleri temlik, takas, mahsup, hapis hakkı gibi hukuki işlemlerin durdurulmasına, rehin ve blokaj kayıtlarının kaldırılmasına yönelik tedbirler hep sonuçlarını maddi hukuk alanında doğuran veya borçlu şirkete nazaran üçüncü kişi durumunda olanların maddi hukuktan doğan talep ve defii haklarını etkileyen (kısıtlayan) tedbirlerdir ve bu tedbirlere gerek iflasın ertelenmesi kararı çerçevesinde, gerekse iflasın ertelenmesi talebinden sonra, erteleme yargılaması sırasında ihtiyati tedbir yoluyla karar verilemez. Keza, üçüncü kişilerin haklarını etkileyecek ihtiyati tedbir kararları vermekten de kaçınılmalıdır. İflas erteleme davalarında davacının ihtiyati tedbir talepleri YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ayrı bir şartı olmasının ötesinde iyileştirme projesi içerisinde değerlendirilmesi gereken bir husustur¹⁹. Bu bağlamda zaten erteleme süresi boyunca tedbir kararı alan şirketten alacağını alamayan alacaklılara, borca teminat veren üçüncü kişiye (üçüncü kişinin vermiş olduğu ipoteg) müracaat imkanını ortadan kaldırmak alacaklı – borçlu arasındaki menfaat dengesini bozacaktır. Yukarıda da açıkladığımız gibi iflasın ertelenmesi kararı ile birlikte sadece sermaye şirketi veya kooperatif hakkında takip yasağı söz konusudur; yani takip yapılamayacak olan, hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilen şirket veya kooperatiftir²⁰.

Yargıtay’ın üçüncü kişiye ait ipotekli mala yönelik olarak takip yapılamayacağı yönünde verdiği karardan önce bu konuda (konu karardan önceki) doktrindeki görüşlere bakalım:

Muşul’a göre, “Hakkında muhafaza tedbiri alınamayacak ve satılamayacak olan rehinli maldan kasıt, iflası ertelenen borçlu şirketin malıdır. Şirketin borcu için 3.kişinin malı üzerinde rehnin tesis edilmiş olması halinde, borçlu şirketin iflasının ertelenmesi, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe girişilip 3.kişiye ait rehinli malın satılmasına engel olmaz²¹”.

Ermenek’e göre, “İflasın ertelenmesine karar veren mahkeme ayrıca üçüncü kişilerin menfaatlerini engelleyici ve şirket yanında işlem yapan üçüncü kişileri koruyucu şekilde tedbir karar veremez²²”. Bu bağlamda borçlu şirket veya kooperatif lehine üçüncü kişiler tarafından gösterilen ipoteklerin ve menkul rehinlerinin paraya çevrilmesinin önlenmesi şeklinde karar verilemez; zira iflas ertelemeye ilişkin tedbirlerin alınmasının temelinde iflasın ertelenmesi kararının sadece kararın muhatabı olan şirket veya kooperatif bakımından uygulanabilmesi düşüncesi bulunmaktadır; bu yüzden kanundan kaynaklanan bu etkinin kapsamının mahkeme kararı ile genişletilmesi söz konusu olamaz²³.

lerinin yerinde görülmesi halinde mahkemece malvarlığının muhafazası için gerekli tedbirler alınabilir. Tedbirlere karar verilirken borçlunun menfaati kadar alacaklıların menfaati de gözetilmeli ve ancak gerekli olan tedbirlere karar verilmelidir” (23HD, 2013/4279 E., 2013/4152 K., 18.6.2013 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu).

¹⁹ **Ermenek**, s. 225; Ayrıca bkz. **Gören Ömer**, İflasın ertelenmesi Kurumunda Kavramların Amaca Uygun Yorumlanmasına Dair Bir Öneri, ABD, 2007/1, s. 196-198.

²⁰ **Deliduman**, Erteleme, s. 118; **Muşul**, İcra, s. 1178.

²¹ **Muşul**, Erteleme, s. 235.

²² **Ermenek**, s. 297; **Öztek**, Makale, s. 63; **Yüksel**, s. 113.

²³ **Ermenek**, s. 297.

Doktrinde ifade edilen görüşlerden sonra Yargıtay'ın konu hakkında verdiği 2005, 2010 ve 2015 tarihli kararlarını incelemeye geçebiliriz. Baştan, Yargıtay'ın 2005 ve 2010 tarihli kararlarına katıldığımızı, 2015 tarihli karara ise katılmadığımızı ifade edelim. Gerekçelerimizi ise ilgili kısımlarda açıklayacağız

Yargıtay 2005 tarihli kararında, "...mahkemece iflasın ertelenmesi talebi üzerine şirkete göre üçüncü kişi konumunda bulunan kefil ve ipotekli taşınmaz maliklerinin hukuki durumunu etkileyecek şekilde tedbire hükmedilemeyeceği" yönünde karar vermiştir²⁴.

Yargıtay 2010 tarihli bir kararında: "...şirket ortağının borcunu temin amacıyla verdiği ipotek üçüncü kişinin vermiş olduğu ipotek niteliğinde olduğundan, tedbir yoluyla ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip sırasında satışın durdurulmasına karar verilemez" yönünde karar vermiştir²⁵.

Yargıtay 2010 tarihli başka bir kararında şu şekilde hükmetmiştir: "...borçlu şirkete göre üçüncü kişi konumunda bulunan ve tedbirin tarafı olmayan, ipotekli taşınmaz maliki yönünden tedbirin hüküm ifade etmeyeceği düşünülmelidir. Zorunlu takip arkadaşlığı nedeniyle hakkında asıl borçlu ile birlikte ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılan ipotekli taşınmaz malikinin takibe itirazı da bulunmamaktadır. O halde kredi borçlusunu olan şikayetçinin ihalenin feshi talebinin reddi gerekir"²⁶.

²⁴ "...İİK'nun 179/b maddesinin ikinci fıkrasında iflasın ertelenmesi kararının ipotekli takipler yönünden sonucu düzenlenmiştir. Kural olarak iflasın ertelenmesi kararı, ipotekli takipleri durdurmuyacak ancak satış işlemi yapılamayacaktır. İflasın ertelenmesinin temel amacı erteleme süresince şirketin aktiflerinin korunması, çalıştırılması, bu şekilde pasiflerin azaltılmasıdır. İİK'nun 179/a maddesinde, iflasın ertelenmesini talep eden şirketin malvarlığının korunması için mahkemeye her türlü tedbiri alma yetkisi tanınmıştır. Tedbirlerin, erteleme talebinde bulunan şirket yönünden uygulanacağı kabul edildiğinden, şirkete göre üçüncü kişi konumunda bulunan kefil veya ipotekli taşınmaz maliklerinin hukuki durumunu etkileyecek şekilde tedbire hükmedilmesi mevcut düzenlemeye aykırıdır". (19.HD, 2005/2033 E., 2005/3760 K., 7.4.2005 T., **Uyar**, Şerh, s. 15744).

²⁵ "...Bu husus gözetilmeden 7.5.2010 tarihli tedbir kararı ile şirket ortağının maliki olduğu taşınmazın ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip sırasında satışın durdurulmasına hükmedilmesi doğru değildir (19.HD, 2010/6977 E., 2010/1436 K., 15.12.2010 T., **Bilgen Mahmut**, İflas, İflasın Ertelenmesi, Konkordato Yargılama Usulü, Ankara 2012, s. 817-818).

²⁶ "...İİK'nun 179/b-2 maddesinin 'Erteleme sırasında taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip başlatılabilir veya başlamış olan takiplere devam edilebilir ancak bu takipler nedeniyle YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Yargıtay 2010 tarihli başka bir kararında “...borçlu şirkete göre üçüncü kişi konumunda bulunan ve tedbirin tarafı olmayan ipotekli taşınmaz maliki yönünden tedbirin hüküm ifade etmeyeceği...” hususunu vurgulamıştır²⁷.

Yargıtay’ın eski tarihli görüşü iflasın ertelenmesi kararıyla sadece erteleme istenen sermaye şirketi veya kooperatif hakkında takip yasağı olacağı, erteleme talebine konu olmayan diğer şirketler açısından etki doğurmayacağı kuralıyla uyumludur.

Yargıtay 2015 tarihli kararında ise Kanun’dan, doktrindeki görüşlerden ve önceki içtihatlarından ayrılmıştır. Yargıtay’ın kararı şu şekildedir²⁸:

muhafaza tedbirleri alınmaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez’ şeklindeki hükmü borçlu hakkında alınan iflasın ertelenmesi kararının dahi, ipotekli takipleri durduramayacağını düzenlemiştir. İİK’nun 179/a maddesi ise ... iflasın ertelenmesi sırasında verilen tedbir kararının, erteleme talebinde bulunan şirket yönünde uygulanabilirliğini göstermektedir.” 12.HD, 2010/6767E., 2010/18612 K., 12.7.2010 T., **Bilgen**, s. 818).

²⁷ “...İİK’nun 179/b-2 fıkrası... hükmü borçlu hakkında alınan iflasın ertelenmesi kararının dahi ipotekli takipleri durduramayacağını düzenlemiştir. İİK’nun 179/a maddesi ise iflasın ertelenmesi sırasında verilen tedbir kararının erteleme talebinde bulunan şirket yönünden uygulanabilirliğini göstermektedir. Somut olayda borçlu şirkete göre üçüncü kişi konumunda bulunan ve tedbirin tarafı olmayan ipotekli taşınmaz maliki yönünden tedbirin hüküm ifade etmeyeceği düşünülmelidir. Zorunlu takip arkadaşlığı nedeniyle hakkında asıl borçlu ile birlikte ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapılan ipotekli taşınmaz maliki S.S.’nin takibe itirazı da bulunmamaktadır. Kredi borçlusunun şikayetinin reddi gerekirken mahkemece takibin iptali yönünde karar verilmesi isabetsiz olup hükmün bu nedenle bozulması gerekirken onandığı anlaşılmalı karar düzeltme isteminin kabulü yoluna gidilmiştir.” (12.HD 2009/19805E., 2010/2263 K., 28.1.2010 T., **Bilgen**, s. 819).

²⁸ “...Somut olayda, Kadıköy 3.Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2012/593 E., sayılı dosyası ile borçlu şirket tarafından açılan iflas erteleme davası üzerine anılan mahkemece, 22.6.2012 tarihinde: ‘İİK’nun 179/a maddesindeki sınırlamalar dikkate alınmak suretiyle, davacı borçlu aleyhindeki 6183 sayılı kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere açılmış ve açılacak icra takiplerinin ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına... rehinli alacaklar için açılan icra takipleri yönünden ise, sadece muhafaza tedbirlerinin uygulanmasının ve rehinli malın satışının ihtiyati tedbir yoluyla durdurulmasına, üçüncü şahıslar tarafından davacı lehine verilen ipotek ve rehinlerin ihtiyati tedbir kapsamı dışında tutulmasına...’ dair tedbire; yargılama sonunda ise, İstanbul Anadolu 11.Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 11.11.2013 tarih ve 2013/320 E.-298 K. sayılı kararı ile: ‘iflasın bir yıl süre ile ertelenmesine.... İİK 179/a ve b maddesindeki sınırlamalar dikkate alınmak suretiyle rehinli alacaklar için başlatılmış ve başlatılacak rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip hakkı hariç olmak üzere, İİK 206.maddesine göre, birinci sırada yer alan alacaklıların takip hakları saklı kalmak kaydı ile 6183 sayılı Kanuna göre yapılan takipler de dahil olmak üzere davacı aleyhine açılmış ve açılacak icra takiplerinin 179/b maddesi uyarınca

“...hakkında iflas erteleme kararı verilen borçlu şirketin değil, hakkında iflas erteleme kararı bulunmayan diğer borçlunun ihale konusu taşınmazın maliki olması halinde... asıl borçlu ile ipotek veren arasında zorunlu takip arkadaşlığının bulunması nedeniyle haklarında birlikte takip yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Şu halde, asıl borçlu hakkında verilen iflas erteleme kararının, hem söz konusu kararın niteliği gereği, hem de zorunlu takip arkadaşlığı nedeniyle ipotekli taşınmaz maliki yönünden sonuç do-

durdurulmasına...’ karar verildiği görülmektedir. Her ne kadar 22.6.2012 tarihli ihtiyati tedbir kararında; üçüncü şahıslar tarafından borçlu şirket lehine ipotek ve rehinler ihtiyati tedbir kapsamı dışında tutulmuş ise de, iflasın ertelenmesine dair verilen kararda böyle bir sınırlamaya yer verilmemiş olup, şikayete konu ihaleye ilişkin 26.2.2014 tarihli satışı kararı da, iflasın ertelenmesi kararından sonradır. Dolayısıyla artık ihtiyati tedbir kararı değil, esasa ilişkin 11.11.2013 tarihli iflasın ertelenmesi kararındaki hükümler uygulanacaktır. Bu bağlamda iflasın ertelenmesine karar verilmiş olsa da, İİK’nun 179/b-2.maddesi gereğince borçlu şirket hakkında ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlanmasında yasaya uymayan bir yön yoktur. Ancak aynı madde hükmüne göre, ipotekli taşınmazın satışı gerçekleştirilemez. Ne var ki, burada çözümlenmesi gereken sorun, hakkında iflas erteleme kararı verilen borçlu şirketin değil, hakkında iflas erteleme kararı bulunmayan diğer borçlunun ihale konusu taşınmazın maliki olması halinde, İİK’nun 179/b-2 maddesi uyarınca satışın yapıp yapılmayacağına ilişkindir. İİK’nun 149.maddesinde; ‘İcra müdürü, ibraz edilen akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva ettiği ve alacağın muaccel olduğunu anlaşırsa borçluya ve taşınmaz üçüncü şahıs tarafından rehnedilmiş veya taşınmazın mülkiyeti üçüncü şahsa geçmiş ise ayrıca bunlara birer icra emri gönderir’ hükmüne yer verilmiştir. Madde içeriğinden asıl borçlu ile ipotek veren arasında zorunlu takip arkadaşlığının bulunması nedeniyle haklarında birlikte takip yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Şu halde, asıl borçlu hakkında verilen iflas erteleme kararının, hem söz konusu kararın niteliği gereği, hem de zorunlu takip arkadaşlığı nedeniyle ipotekli taşınmaz maliki yönünden sonuç doğurmayacağına kabulü mümkün değildir. Temyize konu dosyada mübrez ipotek akit tablosunun incelenmesinde; şikayetçi şirketin borçlarının teminatı olarak diğer borçlu A...A.Ş.’nin maliki olduğu taşınmazı, alacaklı banka lehine ipotek ettiği, diğer bir ifade ile asıl borçlunun T...A.Ş., ipotekli taşınmaz maliki ve kredi sözleşmesinde müşterek borçlu ve müteselsil kefilin de A...A.Ş. olduğu anlaşılmaktadır. İpotekli taşınmazın maliki A...A.Ş. hakkında verilmiş iflas erteleme veya ihtiyati tedbir kararı bulunmasa da, takip, şikayetçi şirketin borçlarından dolayı ve söz konusu şirket lehine verilen ipoteye dayalı olarak başlatılmıştır. Bu durumda, iflas erteleme kararı kapsamında İİK’nun 179/b maddesi gereğince, ipotek konusu taşınmazın satışı gerçekleştirilemeyeceğinden mahkemece ihalenin feshi isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi isabetsiz olup, kararın bu nedenle bozulması gerekirken Dairemizce onandığı anlaşılmakla, borçlunun karar düzeltme isteminin kısmen kabulü gerekmiştir. Sonuç: ...kararın yukarıda yazılı nedenlerle İİK’nun 366 ve HUMK’un 428.maddeleri uyarınca BOZULMASINA...” (12.HD, 2015/9115 E., 2015/9290 K., 10.4.2015 T).

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ğurmayacağıının kabulü mümkün değildir... İpotekli taşınmazın maliki ...hakkında verilmiş iflas erteleme veya ihtiyati tedbir kararı bulunmasa da, takip, şikayetçi şirketin borçlarından dolayı ve söz konusu şirket lehine verilen ipoteğe dayalı olarak başlatılmıştır. Bu durumda, iflas erteleme kararı kapsamında İİK'nun 179/b maddesi gereğince, ipotek konusu taşınmazın satışı gerçekleştirilemeyeceğinden...kararın bu nedenle bozulması gerekirken...”.

Bu kararı iki gerekçeyle eleştiriyoruz. Birincisi iflas ertelemeye yönelik tedbir kararının **üçüncü kişiyi etkilememesi** gerekir. Bu konuda yukarıda, “Müteselsil Borçlular ve Kefiller Bakımından Tedbir Kararının Etkisi”ni anlatırken Yargıtay’ın iflas erteleme üçüncü kişileri etkilemeyeceği yönündeki yerleşmiş içtihatlarına değinmiştik. Yine ilgili kısımda gerek adi kefil gerekse müteselsil kefil açısından takip yasağı olmadığını vurguladık. Hal böyleyken kefil teminatına gidilebileceği yönünde karar veren Yargıtay’ın ipotek teminatına yönelik olarak farklı bir karar vermesini gerektirecek bir husus bulunmamaktadır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre iflas erteleme hukuki niteliği, iflas hukukuna özgü bir geçici hukuki koruma tedbiri²⁹ olduğudur³⁰. Doktrinde de vurgulandığı gibi: “...nasıl dava sonunda verilen hüküm sadece taraflara yönelik olursa, ihtiyati tedbir kararı da ancak esas hakkındaki davanın taraflarına yönelik olarak verilebilir. Üçüncü kişiler lehine veya aleyhine tedbir kararı verilemez”³¹.

Yargıtay’ın konu kararında mahkemenin **kararının subjektif sınırlarının** genişletildiğini ve iflas ertelemeyle ilgisi olmayan üçüncü kişi için

²⁹ Geçici hukuki himaye, kesin hukuki himaye sonucunun ortaya çıkmasına kadar, davacı, davalı ve üçüncü kişileri yargılama öncesinde veya yargılama sırasında doğabilecek tehlikelerden korumak için mahkemelerce verilen geniş ya da dar kapsamlı hukuki himaye olarak tanımlanmıştır (**Yılmaz Ejder**, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.1, Ankara 2001, s. 32; **Özekes Muhammet**, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 36 vd; **Özbek**, s. 24).

³⁰ Bkz. **Özbek**, İflasın Ertelenmesi, s. 30; **Atalay**, İflasın Ertelenmesi, s. 59; **Özekes**, s. 3258; **Karslı Abdurrahim**, İflasın Ertelenmesinde Bazı Problemler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.2, Ankara 2009, s. 279; **Toraman**, s. 36; **Deliduman**, Düşünceler, s. 2604; **Özbek**, s. 24; Aksi görüş için bkz. **Pekcantez Hakan**, İflasın Ertelenmesinin Değerlendirmesi ve Eleştirisi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, Abant 9-10 Ekim 2009, s. 217

³¹ **Budak Ali Cem**, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 157.

de karar verilmiş gibi kararın etki doğurmaya çalışıldığını görüyoruz. Kesin hükmün subjektif sınırları, kesin hükmün hangi taraflar arasında etki gösterdiğini, bu karardan başka hangi ilgililerin etkileneceği yani kesin hükmün üçüncü kişilere sirayeti hususunu kapsar³². Kesin hüküm kural olarak sadece tarafları leh ve aleyhlerine etkiler, üçüncü kişileri etkilemez, yani kesin hükmün etkisi mutlak değil nisbidir³³. İflas ertelemeyle ilgili kararın maddi ya da şekli anlamda kesin gücünde olup olmadığına yönelik tartışma bu çalışmanın kapsamında olmadığından bu tartışmaya girmemekle birlikte, geçici hukuki koruma tedbirleri yargılamasında verilen kararların da maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olduğu yönündeki görüşe atıfta bulunmayı yeterli buluyoruz³⁴. Stürner'e göre, "usul ekonomisi gerekçesi de bir mahkemenin aynı olay için birden fazla defa meşgul edilerek kaynakların israf edilmesi bakımından aynı rolü oynar. Talep edilen hukuki sonuç hakkında nihai ve kayıtsız bir hüküm içeren tüm kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder. Bu nedenle maddi anlamda kesin hükmün sonuçları esas hakkında bir hüküm içerdiği ölçüde her tür karar için de genişletilebilir³⁵". Bu bakış açısıyla kesin hükmün subjektif etki alanı bakımından geçici hukuki koruma kararlarında bir fark olmadığından³⁶, iflasın ertelenmesi kararına üçüncü kişileri de etkileyici bir anlam yüklenmemesi gerekir.

Üçüncüsü Yargıtay, konu kararında **takip arkadaşlığını** yanlış değerlendirmiştir. Kararın ana dayanak noktası hakkında iflas erteleme kararı verilen borçlu şirket ile hakkında iflas erteleme kararı bulunmayan ihale konusu taşınmazın maliki olan diğer borçlu arasında zorunlu takip arkadaşlığı bulunmasıdır. Nitekim Medeni Kanun m.881/II uyarınca ipoteğe konu taşınmazın mutlaka borçlunun maliki olduğu bir taşınmaz olması gerekmez. Üçüncü kişilerin borçlu lehine teminat olarak gösterdikleri bir ipotek de ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibin konusu olabilir. İpotek üçüncü kişi tarafından verilmiş veya mülkiyet üçüncü kişiye geçmişse,

³² **Özkaya Ferendeci Hamide** Kesin Hüküm Objektif Sınırları, İstanbul 2009, s. 6.

³³ **Deren Yıldırım Nevhis**, Türk, İsviçre, Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 15; **Budak**, s. 15.

³⁴ **Stürner Michael**, Çev.**Belgin-Güneş Derya**, Geçici Hukuki Himaye Tedbiri Kararlarının Kesin Hüküm Gücü, Prof.Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C.1, Ankara 2015, s. 352.

³⁵ **Stürner**, s. 359.

³⁶ **Stürner**, s. 365.

bu kişinin de takip talebine yazılması gerekir; bu durumda asıl borçlu ile taşınmaz maliki üçüncü kişi arasında zorunlu takip arkadaşlığı vardır³⁷. Yargıtay'a göre de zorunlu takip arkadaşlığının icra mahkemesi tarafından resen göz önüne alınarak eksik açılan takibin iptali gerekir³⁸. Buna karşın buradaki takip arkadaşlığı kanaatimizce maddi bakımdan değil, şekli bakımdandır. Bazı hallerde birden fazla kişiye karşı dava açılmasında (ya da takip yapılmasında) maddi bir zorunluluk olmadığı halde kanun, gerçeğin daha iyi ortaya çıkarılmasını ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin daha iyi karara bağlanmasını sağlamak için birden fazla kişiye karşı dava açılmasını zorunlu kılmıştır; burada mahkeme, dava arkadaşlarından her biri hakkında başka şekilde karar verebilir, mesela bir dava arkadaşına karşı açılan davayı reddedebilir, diğerine karşı açılan davayı kabul edebilir³⁹; bu durumda şekli bakımdan dava arkadaşlığı söz konusu olur. Şekli bakımdan mecburi dava arkadaşları da davada aynı şekilde hareket etmek zorunda değildir; ihtiyari dava arkadaşlığına yönelik açıklamalar şekli bakımdan mecburi dava arkadaşı için de geçerlidir⁴⁰. Örneğin yetkisiz icra dairesinde yapılan takibe karşı takip arkadaşlarından birisi yetki itirazında bulunursa, bu itiraz sadece itiraz eden takip arkadaşı hakkında sonuç doğurur; yetki itirazı kabul edilirse sadece onun hakkında yetkisizlik kararı verilir, diğerleri bakımından yetkisiz icra dairesi yetkili hale gelir⁴¹. Bu açıklamalar bağlamında takip arkadaşı olarak iflas ertelemeye konu borçlu gösterilecektir fakat gayrimenkul, ifasın ertelenmesi kararı verilen borçluya ait olmadığından satış işlemlerine devam edilecektir. İcra takibinde iflasın ertelenmesine konu borçlunun gösterilmiş olması satışı engellemez. Bu bağlamda Yargıtay'ın takip arkadaşlığına dayanarak İİK'nun 179/b maddesi gereğince, ipotek konusu taşınmazın satışının gerçekleştirilemeyeceğinden bahisle geliştirdiği içtihadı katılamıyoruz.

³⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes, s. 480.

³⁸ Konu karar için bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes, s. 480.

³⁹ Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, B.24, Ankara 2013, s. 476; Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukuku, B.2., Konya 2014, s. 187.

⁴⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 479; Ayrıca bkz. Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, B.14, Ankara 2013, s. 331.

⁴¹ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes, s. 172-173.

D) ERTELEME KARARINDAN ÖNCE HACZEDİLMİŞ OLAN MALLARIN DURUMU

Son olarak iflasın ertelenmesi kararının hacizlere etkisine değinmek istiyoruz. Konu hakkındaki doktrin görüşlerinin hemen hepsi İcra ve İflas Kanunu'nda 2011 yılında yapılan değişiklikten önce olduğundan bu hususun üstünde durulmasında fayda vardır.

İflasın ertelenmesi kararından önce tamamlanmış olan hacizler, iflasın ertelenmesi kararıyla ortadan kaldırılamaz; hacizlerin kaldırılması iflasın ertelenmesi kurumuna ve bu kurumun amacına aykırıdır⁴². Çünkü hakim iflasın ertelenmesine karar verirken öncelikle borçlunun malvarlığının korunmasına ilişkin tedbirler almak zorundadır⁴³. Bu tedbirler sayesinde alacaklıların menfaati korunmuş olur. Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarında iflas erteleme kararından önce hacizlerin kaldırılmayacağı yönünde içtihat oluşturmuştur⁴⁴.

⁴² **Atalay**, İflasın Ertelenmesi, s. 15; **Atalay**, Toplantı, s. 275; **Öztek**, s. 94; **Pekcanitez**, Erteleme, s. 353; **Muşul**, Erteleme, s. 143; **Yüksel**, s. 111; **Uyar**, Şerh, s. 15699; **Uyar Talih**, İflasın Ertelenmesi, İBD, C.83, S.3, Y.2009, s. 1236; **Oy**, s. 59; **Bilgen**, s. 825.

⁴³ Bkz. **Deliduman**, Erteleme, s. 76.

⁴⁴ "...Mahkemece erteleme kararı ile birlikte tüm takiplerin durdurulmasına, hacizlerin kaldırılmasına karar verilmiştir. İİK'nun 179/b maddesine göre İİK'nın 206.maddesinin birinci sırasında yazılı alacaklar için yapılan takipler ve rehlinli takipler haricindeki tüm takipler durur. Takiplerin durması takibin bulunduğu aşamada kalması anlamında olup hacizlerin kaldırılması sonucunu doğurmaz (19.HD, 2004/7170 E., 2004/13440 K., 30.12.2004 T. (**Özekes**, Toplantı, s. 499); "...Takiplerin duracağı düzenlenmiş iken hacizlerin kaldırılacağına ilişkin bir tedbire kanunda yer verilmediği gibi mevcut düzenlemeden böyle bir sonuç da çıkmamaktadır." (**Deliduman**, Erteleme, s. 77). "...İflasın ertelenmesi kararı sonucu verilen tedbir kararı ile hacizler ve temlikler kaldırılmaz (19.HD, 2004/10326 E., 2005/2788 K, 17.3.2005 T., **Günel**, s. 234). "...İflasın ertelenmesi talebinin kabulü sonucu verilen tedbir kararı ile hacizler ve blokaj kayıtları kaldırılmaz..." (19.HD, 2004/11763 E., 2005/2432 K, 10.3.2005 T., **Günel**, s. 237-238). "...Hacizlerin kaldırılması ve tedbir kararı gereğince takiplerin durdurulması yönündeki isteklerin İİK'nun 179/II.maddesi kapsamında kabul edilemeyeceği..." (12. HD, 2006/2032 E., 2006/23491 K., 11.12.2006 T., **Uyar**, Şerh, s. 15699). "...Mahkemece erteleme kararı ile birlikte hacizlerin kaldırılmasına karar verilemeyeceği, çünkü takiplerin durmasının takibin bulunduğu aşamada kalmasını ifade edip, hacizlerin de kaldırılmasını gerektirmeyeceği..." (19. HD, 2006/10645 E., 2006/12885 K.İ 22.12.2005 T., **Uyar**, Şerh, s. 15699); "...Somut olayda da, ihtiyati tedbir kararında, tedbirin açıkça ihtiyati hacizleri de kapsayacağı belirtilmediğine göre, geçerliliğini sürdüren ihtiyati haciz kararına dayalı olarak hacizler uygulanmasında yasaya aykırılık yoktur. O halde, mahkemece, borçlunun takibin durdurulmasına yönelik şikayetinin kabulü doğru ise de, hacizlerin kaldırılması isteminin reddi yerine kabulü ile yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir" *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

Buna karşın savunulan ikinci görüşe göre takipler baki kalmakla birlikte hacizlerin kalkması gerekir⁴⁵. İkinci görüşe göre hacizlerin kaldırılması gerektiğini savunan yazarlara bakacak olursak:

Arslan, iflasın ertelenmesine karar verilmesi halinde “...mahkemenin, şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli her türlü tedbirin, iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alacağını, zira Kanun’un lafzına ve gerekçesine bakıldığında bu konuda hâkimin yetkisinin çok geniş tutulduğunu” ifade etmiştir⁴⁶.

Özekes, malvarlığının bir kısmının hacizli kalmasının bazı sorunlara yol açacağını vurguladıktan sonra, işletmenin bazı malvarlığı değerlerinin el değiştirmesi zorunluluğu bulunması halinde, hacizli olan mal ve haklar üzerinde tasarrufta bulunmanın mümkün olmayacağına işaret etmiştir⁴⁷. Yazara göre, örneğin haciz konulan banka hesapları ve paraların erteleme etkisi sebebiyle alacaklıya verilmesi mümkün olmadığı gibi kural olarak kullanılması da mümkün olmayacaktır. Bir tercih yapıldığında, kanunun özü ve sözünün birlikte yorumlanması gerektiği düşünülerek, takipler kalmakla birlikte hacizlerin kalkması gerekir⁴⁸.

Deliduman’a göre, “..kanun koyucu haczin korunması sayesinde alacaklıların korunabileceğini kabul etseydi, borçlu aleyhine yapılacak olan takiplere haciz aşamasına kadar müsaade ederdi. Oysa kanun koyucu, mevcut takiplerin durmasından başka borçluya karşı yeni takip yapılmasını da yasaklamıştır. Böylece önceden haciz koydurmuş olan alacaklılar lehine bir duruma sebebiyet verildiğinden alacaklılar arasında eşitsizlik meydana getirilmiş olacaktır⁴⁹”.

(12.HD, 2013/35767 E., 2014/2239 K., 29.1.2014 T. Kazancı Hukuk Otomasyonu). “...O halde alacaklının talebi üzerine borçlunun taşınmazlarına 27.7.2005 tarihinde haciz konulması işlemi Yasaya uygun olup, borçlu vekilinin 19.10.2004 tarihli iflas erteleme kararı olduğundan bahisle hacizlerin fekki isteminin reddine ilişkin şikayete konu 9.6.2006 tarihi icra müdürlüğü kararında bir isabetsizlik görülmemiştir. Mahkemece şikayetin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir” (12.HD, 2007/6380 E., 2007/8725 K., 1.5.2007 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu). Ayrıca bkz. **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, s. 4695-4696).

⁴⁵ **Özekes Muhammet**, İflasın Ertelenmesi, Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2005/33, s. 3280; **Deliduman**, Erteleme, s. 76; **Ermenek**, s. 292; **Yarıcı**, s. 181; **Özekes**, Toplantı, s. 499.

⁴⁶ **Arslan**, s. 122-123.

⁴⁷ **Özekes**, Toplantı, s. 499.

⁴⁸ **Özekes**, Toplantı, s. 499.

⁴⁹ **Deliduman**, Erteleme, s. 78.

Ermenek de benzer şekilde borçlunun mallarından satılıp icra veznesine girmiş olanlar hariç olmak üzere, mevcut hacizlerin iflasın ertelenmesi kararı ile birlikte kaldırılması gerektiğini savunmaktadır⁵⁰. Ermenek'e göre, "hakim, projenin başarılı olması için gerekli ise hacizlerin tamamen kaldırılmasına da karar verebilmelidir. Ancak bazı mallar üzerindeki hacizlerin kaldırılması iyileştirme projesinin başarılı olmasına katkı sağlamayacaksa, bu tür mallar üzerindeki hacizler kaldırılmamalıdır⁵¹"

Yarıcı'ya göre, "...iyileştirme projesinin amacına ulaşılmasına hizmet edecekse mahkeme, bu proje için kullanılması elzem olan birtakım mallar üzerindeki hacizlerin de kaldırılmasına karar verebilecektir⁵²".

İkinci görüşe katılmadığımızı ifade etmeliyiz. zira hacizlerin kaldırılması durumunda alacaklılar açısından hak kaybı oluşacağı açıktır. Örneğin iflas erteleme talebi görülürken tedbir kararıyla hacizler kaldırılır ve devam eden yargılamada maddi ya da şekli unsurlardaki eksiklik sebebiyle iflas erteleme talebinin reddi yönünde bir karar verilir, şirket iflasa gitmezse ne olacaktır? Bu durumda alacaklı, eski konumuna dönemeyecek, hacizlerinin kaldırıldığıyla kalacak, hak kaybı yaşayacaktır. Bununla birlikte ikinci görüşü savunan yazarların maddede 2011'de yapılan değişikliklerden önce bu görüşü benimsediklerini ifade etmeliyiz. İİK m.179/a'da 2011'de yapılan değişiklikten sonra⁵³ "iflasın ertelenmesi isteminde bulu-

⁵⁰ Ermenek, s. 292; Benzer şekilde Özekes, s. 3280.

⁵¹ Ermenek, s. 294.

⁵² Yarıcı, s. 181.

⁵³ Maddenin değişiklikten sonraki hali: Mahkeme, **İflâsın ertelenmesi isteminde bulunulması üzerine**, envanter düzenlenmesi ve yönetim kurulunun yerine geçmesi ya da yönetim kurulu kararlarını onaylanması için derhal bir kayyım atar; ayrıca şirketin ve kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli diğer önlemleri alır. Kayyımın atanmasına ilişkin karar, kayyımın mahkemece belirlenmiş görevleri ve temsil yetkisi ile bunların sınırları ve iflâsın ertelenmesine ilişkin talep 166 ncı maddenin ikinci fıkrasındaki usul ile mahkeme tarafından ilân ve ticaret siciline tescil ettirilir. Mahkeme bu arada erteleme talebini karara bağlar. İflâs ertelenmişse kayyım her üç ayda bir şirketin projeye uygun olarak iyileştirme gösterip göstermediğini mahkemeye rapor eder, mahkeme bu rapor üzerine veya gerek gördüğünde alacağı bilirkişi raporuna göre, erteleme isteminin değerlendirir ve iyileştirmenin mümkün olamayacağı kanaatine varırsa erteleme kararını kaldırır. Maddenin değişiklikten önceki hali: **İflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme**, şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli her türlü tedbiri iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alır. Mahkeme erteleme kararı ile birlikte kayyım atanmasına karar verir. Mahkeme, yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alıp kayyıma verebileceği gibi yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

nulması üzerine” mahkemenin muhafazaya ilişkin önlemleri alabileceği ifade edilmiştir. Önceki uygulamada kararla birlikte kapsamlı incelemesini yaptıktan sonra mahkeme muhafaza tedbirlerini alabiliyor iken hacizlerin de kaldırılmasına karar verebileceği bir an için düşünülse bile; yeni düzenleme doğrultusunda daha baştan tedbire karar veren mahkemeye hacizleri kaldırabilecek bir yetki vermek iflasın ertelenmesinin amacına ve özellikle alacaklıların menfaatine uygun düşmeyecektir.

SONUÇ

İflasın ertelenmesi kararının tatil etkisi sadece hakkında karar verilen şirkete özgüdür; erteleme kararıyla birlikte şirket borçlarına kefil olan kişiler gibi üçüncü kişiler hakkında takiplerin durdurulmasına karar verilemez. Yargıtay birçok kararında bu husus doğrultusunda içtihat oluşturmakta yerel mahkemelerin aykırı kararlarını bozmaktadır. Bununla birlikte Yargıtay bazı kararlarında bu kuralın dışına çıkmaktadır.

İflasın ertelenmesinin, alacaklıların haklarına dokunmak gibi bir sonuç doğurmaması gerekir. Nitekim iflasın ertelenmesi kurumu ile şirket ve alacaklılar arasında hassas bir menfaat dengesi kurulması amaçlanmıştır. Bu doğrultuda zaten erteleme süresi boyunca tedbir kararı alan şirketten alacağını alamayan alacaklılara karşı, borca teminat veren üçüncü kişinin ipoteğine müracaat imkanını ortadan kaldırmak alacaklı – borçlu arasındaki menfaat dengesini bozacaktır. Yargıtay’ın üçüncü kişiye ait ipotekli mala yönelik olarak takip yapılamayacağı yönünde verdiği kararı Kanun’a ve iflas ertelenmesinin amacına uygun bulamadığımızı ifade etmeliyiz.

Yargıtay’ın 2005 ve 2010’da verdiği kararlarda olduğu gibi iflas ertelemeyle ilgisi olmayan ipotekli malik (üçüncü kişi) açısından da kefiller hakkında vermiş olduğu ve kefiller hakkında takip yasağı olmadığı yönündeki benzer görüşüne dönmesini umut ediyoruz.

onayına bağlı kılmakla da yetinebilir. İflasın ertelenmesi kararında kayyımın görev ve yetkileri ayrıntılı olarak gösterilir. Mahkeme erteleme kararının hüküm fıkrasını 166.madenin kinci fıkrasındaki usulle ilan eder ve gerekli bildirimleri yapar.

KAYNAKÇA

Arslan Ramazan, İflasın Ertelenmesi Uygulamaları, Bankacılar Dergisi, S.67, Y.2008.

Atalay Oğuz, Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, B.2, İzmir 2007. (**Atalay**, İflasın Ertelenmesi).

Atalay Oğuz, Anonim Şirketlerin İflası, İzmir 1996. (**Atalay**, İflas).

Atalay Oğuz, İflasın Ertelenmesi, Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004. (**Atalay**, Erteleme).

Atalay Oğuz, İİK'da İflas Hukukuna İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, Ankara 30 Eylül – 1 Ekim 2005. (**Atalay**, Toplantı).

Balcı Şakir, İflasın Ertelenmesi, B.2, İzmir 2007.

Baş Sanlı, İflasın Ertelenmesi ve Adi Konkordatonun Borçlunun Kefillerine Etkisi, İBD, C.82, S.1, Y.2008.

Bilgen Mahmut, İflas, İflasın Ertelenmesi, Konkordato Yargılama Usulü, Ankara 2012.

Budak Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000.

Deliduman Seyithan, İflasın Ertelenmesi Davalarında İİK 89. Madenin Uygulanma Biçimi Üzerine Düşünceler, İBD, C.81, S.6, Y.2007. (**Deliduman**, Düşünceler).

Deliduman Seyithan, İflasın Ertelenmesinin Etkileri, İstanbul 2008.

Deren Yıldırım Nevhis, Türk, İsviçre, Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996.

Ermenek İbrahim, İflasın Ertelenmesi, B.2., Ankara 2010.

Gören Ömer, İflasın Ertelenmesi Kurumunda Kavramların Amaca Uygun Yorumlanmasına Dair Bir Öneri, ABD, 2007/1.

Gülin Güralp Ayşe, İflasın Ertelenmesinde Kayyım Atanması, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, DEÜHFD, Y.2005, C.7.

Günel Mete, İflas Davaları ve İflasın Ertelenmesi, Ankara 2006.

Karşlı Abdurrahim, İflasın Ertelenmesinde Bazı Problemler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.2, Ankara 2009.

Kılıçoğlu Evren, İflasın Ertelenmesinin Konkordato ve Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırma Kurumlarıyla Karşılaştırılması, Prof.Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007.

Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004. (**Kuru**, El Kitabı).

Kuru Baki, İflasın Ertelemesi Kararından Önce İcra Takiplerinin Durdurulması Hakkında İhtiyati Tedbir Kararı Verilebilir mi?, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.2, Ankara 2009. (**Kuru**, Erteleme).

Kuru Baki, Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası, Makaleler, İstanbul 2006. (**Kuru**, Makaleler).

Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder, Medeni Usul Hukuku, B.24, Ankara 2013.

Muşul Timuçin, İflasın Ertelemesi, B.2, İstanbul 2010. (**Muşul**, Erteleme).

Muşul Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, B.4., Ankara 2010. (**Muşul**, İcra).

Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deynekli Adnan/ Doğan Ayhan, İİK Şerhi, C.4, Ankara 2007.

Oy Osman, İflasın Ertelemesi, İstanbul 2009.

Özbek Mustafa, Yapı Sözleşmesinde Yüklenicinin İflasının Ertelemesiyle Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, MİHDER, Y.2008/1, S.9.

Özekes Muhammet, İflasın Ertelemesi, Legal Hukuk Dergisi, Eylül 2005/33.

Özekes Muhammet, İflasın Ertelemesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, Eskişehir 1-2 Ekim 2004. (**Özekes**, Toplantı).

Özekes Muhammet, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999. (**Özekes**, İhtiyati).

Özkaya Ferendeci Hamide Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.

Öztek Selçuk, İflasın Ertelemesi, İstanbul 2007.

Öztek Selçuk, İflasın Ertelemesi, TBB Bankacılar Dergisi, S.59, Y.2006. (**Öztek**, Makale).

Öztek Selçuk, İflasın Ertelemesi Yargılaması Çerçevesinde İleri Sürülen İhtiyati Tedbir Taleplerine İlişkin Bazı Sorun ve Düşünceler, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.2, Ankara 2009. (**Öztek**, Düşünceler).

Pekcanitez Hakan, Anonim Ortaklıkların İflası, Prof.Dr. İlhan Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990. (**Pekcanitez**, Anonim).

Pekcanitez Hakan, İflasın Ertenilmesi, İBD, C.79, Y.2005, S.2. (Pekcanitez, Erteleme).

Pekcanitez Hakan, İflasın Ertenilmesi Kurumuna Eleştirisel Bakış, MİHDER, 2010/3, S.17. (Pekcanitez, Eleştirisel Bakış).

Pekcanitez Hakan, İflasın Ertenilmesinin Değerlendirmesi ve Eleştirisi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı, Abant 9-10 Ekim 2009. (Pekcanitez, Toplantı).

Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Sungurtekin Özkan Meral/ Özekes Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, B.10, Ankara 2012.

Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, B.14, Ankara 2013.

Seven Vural, İflasın Ertenilmesi Kararının Kambiyo Senedi Hamilinin Müracaat Hakkına Etkisi, Prof.Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009.

Stürner Michael, Çev.**Belgin-Güneş Derya**, Geçici Hukuki Hima ve Tedbiri Kararlarının Kesin Hüküm Gücü, Prof.Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, C.1, Ankara 2015.

Taşpınar Ayvaz Sema, İcra-İflas Hukukunda Yeniden Yapılandırma, Ankara 2005.

Toraman Barış, İcra ve İflas Kanununa Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflasın Ertenilmesi Talebi, Ankara 2007.

Türk Ahmet, Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Borca Batıklık Nedeniyle İflası ve İflasın Ertenilmesi Konusunda İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Son Değişikliklerin Değerlendirilmesi ve Öneriler, DEÜ-HFD, C.6, S.1, Y.2004.

Ulukapı Ömer, Medeni Usul Hukuku, B.2., Konya 2014.

Uyar Talih, 4949 sayılı ve 17.7.2003 tarihli İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Getirdiği Yenilikler, TBB Dergisi 2003, S.49. (Uyar, Yenilikler).

Uyar Talih, İcra ve İflas Kanunu, C.10, B.2, Ankara 2009. (Uyar, Şerh).

Uyar Talih, İflasın Ertenilmesi, İBD, C.83, S.3, Y.2009. (Uyar, Erteleme).

Üstündağ Saim, İflas Hukuku, B.6'ya ek baskı, İstanbul 2004.

Yarıcı Hülya, Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması, İstanbul 2007.

Yılmaz Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C.1, Ankara 2001.

Yılmaz Ejder, Makaleler, 4949 ve 5092 sayılı Kanunlarla İflas Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler, 2.Cilt, Ankara 2014. (**Yılmaz**, Değişiklikler).

Yüksel Kemalettin, İflasın Ertenmesi Kararının Sonuçları, TBB Bankacılar Dergisi, S.59, Y.2006.

Yıldırım Kamil, 4949 sayılı Kanunun Getirdiği Değişikliklerle İcra İflas Kanunu'nda Yer Alan İptal Davalarına ve İflasın Ertenmesine İlişkin Yeni Hükümler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul 2005, C.I, S.2.

ASKERİ UÇAK VE HELİKOPTERLERİN DÜŞMESİNDE DOĞAN ZARARLARDAN İDARENİN SORUMLULUĞU

(ADMINISTRATIVE LIABILITY BASED ON THE HARMS CAUSED BY THE MILITARY
AIRPLANE AND HELICOPTER CRASHES)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Fatma Ebru GÜNDÜZ*

ÖZET

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarenin kamu hizmetleri sunarken kendi personeli ile ve araç gereci ile vermiş olduğu zararlardan sorumluluğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda idare, kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre sorumlu olabilmektedir. Askeri uçak ve helikopterlerin düşmesi sonucunda meydana gelen ölümler dolayısıyla uğranılan zararların tazmini için açılan davalarda AYİM tarafından idare, zaman zaman hizmet kusuru ilkesine dayanılarak tazmin yükümlülüğü altına sokulmakla beraber, genellikle kusursuz sorumluluk ilkelerine dayanılarak idarenin sorumluluğuna hükmedilmektedir. İdare tarafından yürütülen bir hizmetten dolayı idarenin sorumluluğunun varlığı tespit edilirken öncelikle hizmet kusurunun var olup olmadığı değerlendirilmeli, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinden birinin varlığı araştırılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İdarenin sorumluluğu, hizmet kusuru, kusursuz sorumluluk, askeri uçak, helikopter.

ABSTRACT

Under the principle of State of law it is required that, the administration's liability for the damages it would cause by its own personnel, and with its equipment while providing public services, is established. Accord-

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: gunduzfebru@gmail.com

ingly, the administration may be liable under the liability ex delicto and the strict liability principles. Notwithstanding the fact that from time to time the Supreme Military Administrative Court (AYİM) orders the Government to pay damages in legal actions filed for the compensations of damages incurred due to deaths which occur as a result of military plane, and helicopter crashes, the liability of administration is generally adjudged on the basis of strict liability principles. While the existence of administration's liability due to a service carried out by the administration is being determined, whether the service failure exists or not should be assessed to begin with, and if there is no service failure, the existence of one of the strict liability principles should be investigated.

Keywords: Administration's liability, negligent service, strict liability, military planes, helicopter.

GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesinin unsurlarından bir tanesi olarak kabul edilen, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödeme zorunluluğu Anayasanın da 40/III maddesinde¹, 125'nci maddesinin son fıkrasında² ve 129/V'inci fıkrasında³ hüküm altına alınmıştır. İdarenin sorumluluğu, Anayasanın belirtmiş olduğumuz bu maddelerinde düzenlenmemiş olsaydı da 2'inci maddesinde hüküm altına alınmış olan sosyal hukuk devleti ilkesi, idarenin sorumluluğunu kabul etmek için yeterli olurdu⁴.

"Kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağandışı zararların idarece tazmini; Anayasa'nın 125. maddesi gereği

¹ "Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."

² "İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür."

³ "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."

⁴ YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul-2009, s.359.

ve Türkiye Cumhuriyetinin “sosyal hukuk devleti” niteliğinin doğal bir sonucudur.”⁵

İdarenin tüm faaliyetlerinden sorumluluğu kabul edilmekle beraber idare, özel hukuka tabi faaliyetlerinden dolayı özel hukuk hükümlerine göre sorumlu olurken; kamu hukukuna tabi faaliyetlerinden dolayı ise idare hukuku kurallarına göre sorumlu olmaktadır⁶.

İdare, kendisine yüklenen görevleri kendi personeli ve araçları ile yerine getirmektedir. İşte idarenin personeli kamu hizmetlerini yerine getirirken kişilere zarar verebilir. Ortaya çıkan bu zararların tazmin edilebilmesi için de Anayasa tarafından kabul edilmiş olan, teminat veya idari güvence sistemi olarak adlandırılan sistemine göre, zarara sebep olan kamu görevlisi aleyhine değil, idare aleyhine dava açılmalıdır⁷.

Son yıllarda ülkemizde askeri uçak ve helikopterlerin çeşitli sebeplerle düşmesine ve bu acı olaylar neticesinde de pek çok askerimizin şehit

⁵ Dan.10.D., 25.02.2003, E.2001/257, K.2003/702.

⁶ AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-İstanbul-2014, s.159; GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara-2011, s.367.

⁷ İdarenin memur ve diğer kamu görevlilerinin üçüncü kişilere verdikleri zararlardan Devletin sorumluluğunda iki sistem bulunmaktadır; sorumluluk sistemi ve idari güvence sistemi. Sorumluluk sisteminde, kamu görevlisi görevini yerine getirirken, görevi ile ilgili olarak idare edilenlere verdiği zararlar nedeniyle haksız fiil sorumluluğu esaslarına göre mali yönden sorumludur. İdari güvence sisteminde ise, kamu görevlisinin görevini yerine getirirken yaptığı işlem ve eylemleri nedeniyle idare edilenlere verdiği zararlardan dolayı kamu görevlisi aleyhine dava açılmaz, sadece idare aleyhine dava açılarak uğranılan zararın giderilmesi talep edilir. (KALABALIK Halil, “Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğunda Sistemler ve Türk Sorumluluk Hukuku”, Belediye Dergisi, C.3, S.11, Mayıs-1997, s.31.). Ülkemizde 1927 yılında Danıştay’ın yeniden açılmasına kadar geçen sürede sorumluluk sistemi benimsenmiştir. (OZANSOY Cüneyt, Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-1989, s.17; ÇAĞLAYAN Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-2015, s.548.) Danıştay’ın idare aleyhine açılan tam yargı davalarına bakması ile sorumluluk sisteminden uzaklaşarak, idari güvence sistemi benimsenmeye başlanmıştır. Anayasanın 40/III ve 129/V maddelerinde, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken idare edilenlere verdikleri zararlardan idarenin asli ve birinci derecede sorumluluğu hüküm altına alınmış ve üçüncü kişilerin uğradığı zararı tazmin eden idarenin zararı veren memura rücu hakkı saklı tutulmuştur. Her iki hüküm de ülkemizde idari güvence sisteminin uygulanmakta olduğunu açıkça göstermektedir. (KALABALIK Halil, “Anayasa’nın 40/II ve 129/V inci Maddelerine Göre Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Kişilere Verdikleri Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”, Belediye Dergisi, C.4, S.2, Ağustos-1997, s.38.)

olmasına şahitlik etmekteyiz. Bu olaylar neticesinde şehit düşen askerlerin yakınlarının görmüş olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi için AYİM'e dava açmaktalar ve bu davalar sonunda da AYİM idareyi, tazminat ödemeye mahkûm etmektedir. Biz de çalışmamızda idarenin sorumluluğu konusuna kısaca değinerek, askeri uçak ve helikopterlerin düşmesi olayları ile ilgili AYİM'in hizmet kusuruna dayandığı kararları ile kusursuz sorumluluğa dayandığı kararlarını ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz.

AYİM'İN HİZMET KUSURUNA DAYANARAK İDARENİN SORUMLULUĞUNU KABUL ETTİĞİ KARARLARI

İdarenin sebep olduğu zararlardan kusurlu veya kusursuz sorumluluk ilkelere göre tazmin yükümlülüğünün olduğu kabul edilir⁸. İdarenin sorumluluğunda asıl olan, kusurlu sorumluluktur⁹. İdarenin kusur sorumluluğunun öncelikliliği ilkesi¹⁰ gereğince, bir olayda, önce idarenin kusurlu sorumluluğunun var olup olmadığı araştırılır, idarenin kusurunun tespiti halinde başka bir sorumluluk sebebinin araştırılmasına ihtiyaç yoktur. İdare, hizmet kusuruna göre ortaya çıkan zarardan sorumlu kabul edilir¹¹.

Doktrin ve yargı mercileri tarafından Fransız hukukundaki "faute de service" kavramının karşılığı olarak idarenin kusura dayanan sorumluluğu

⁸ "İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır.

İdari faaliyetten zarar gören kişi, faaliyetin ilişkili olduğu kamu hizmetinden yararlanan durumunda veya faaliyetin içinde, kamu hizmetinin görülmesine katılan bir kişi olabileceği gibi; idari faaliyetle, kamu hizmeti ile hiçbir yünden ilişkisi olmayan üçüncü bir kişi de olabilir.

İdare kural olarak, yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar, idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir. (Dan.10.D., 29.04.2008, E.2007/3301, K.2008/2939.)

⁹ KALABALIK Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Sayram Yayınları, Konya-2014, s.543.

¹⁰ ÇAĞLAYAN, s.552.

¹¹ YAYLA, s.363.

için hizmet kusuru kavramı kullanılmaktadır¹². “Hizmet kusuru, idarenin görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin, bünyesinde, kuruluşunda, işleyişinde gözlemlenen ve bu hizmeti gören veya görmekle yükümlü olan ajan ve personele yüklenmesi mümkün olmayan tamamen idare hukuku esaslarına göre özellikleri bulunan bir objektif kusur tipidir.”¹³

Hizmet kusuru, idarenin yürüttüğü kamu hizmetlerinin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişindeki bozukluk ve aksaklığı ifade etmektedir¹⁴. İdarenin teşkilatı ve faaliyetleri iyi organize edilemediği için hizmetin bünyesinde var olan kusur sebebiyle idare sorumlu olur¹⁵.

Hizmet kusurunun en önemli özelliği, anonim karaktere sahip olmasıdır. Yani kusurun mevcudiyetinin kanıtlanabilmesi için belirli bir kamu görevlisine kusur isnat edilmesi gerekli değildir¹⁶. Dolayısıyla hizmet kusurunda ajan hakkında değil, hizmet hakkında bir hüküm verilir; kamu görevlisinin kusurlu olup olmadığı değil, hizmetin yürütülmesinde, hizmetin bünyesinde, kuruluşunda bir aksaklık, noksanlık olup olmadığı araştırılır¹⁷. Hizmet kusurunun bu özelliği dolayısıyla kamu personelinin kusuru tespit edilmiş olsa da idare, personelinin kusurlu olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz¹⁸.

¹² OZANSOY, s.250.

¹³ ÖZDEMİR Necdet, Hizmet Kuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara-1962, s.21. Hizmet kusuru ile ilgili doktrinde kabul gören bir diğer tanımlama Sarıca’ya aittir: “İdarenin ifa ile mükellef olduğu herhangi bir amme hizmetinin; ya kuruluşunda, tanzim ve tertibinde veya teşkilatında, bünyesinde, personeline yahut işleyişinde-gereken emir, direktif ve talimatın verilmemesi, nezaret, murakabe, teftişin icra olunmaması, hizmet tahsis olunan vasıtaların kifayetsiz, elverişsiz kötü olması, icap eden tedbirlerin alınmaması, geç, vakitsiz hareket edilmesi... vb. şeklinde tecelli eden –birtakım aksaklık, aykırılık, bozukluk, intizamsızlık, eksiklik, sakatlık arzemesidir.” (SARICA Ragıp, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:15, S.4, s.857.)

¹⁴ DURAN Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No.138, Sevinç Matbaası, Ankara-1974, s.26; ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 2. Cilt, 2. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul-1960, s.1310.

¹⁵ DURAN, Türk İdaresinin, s.26.

¹⁶ ÖZDEMİR, s.27; DURAN, Türkiye İdaresinin, s.26; ONAR, s.1312; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.160; ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara-2009, s.711.

¹⁷ ÖZDEMİR, s.28.

¹⁸ ONAR, s.1312; ATAY, s.712; ÖZDEMİR, s.29; OZANSOY, s.262. “Davacılar yakını polis memurunun, görevli olduğu esnada ekip arkadaşı tarafından kazara öldürülmesi YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Hizmet kusuru, anonim bir kusur türü olmasının yanı sıra asli¹⁹, bağımsız²⁰, genel²¹, esnek²² bir sorumluluktur. Doktrin tarafından ve yargı kararları ile hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ve hiç işlememesi hizmet kusuru olarak kabul edilir²³.

İdarenin bir faaliyetinde hizmet kusuru olup olmadığını belirlerken, yaşanan çağın ortalama düzeyi ve standartları göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılması gerekir²⁴.

Askeri uçak ve helikopterlerin düşmesi üzerine AYİM'in idareyi tazminata mahkûm ettiği kararlarında nadiren hizmet kusuruna dayanıldığı görülmektedir. AYİM'in bu konu ile ilgili olarak hizmet kusuruna dayalı olarak idari tazminata mahkûm ettiği yalnız iki kararını tespit edebildik. Bu kararlardan biri olan 1994 tarihli kararına²⁵ konu olayda, uçağın moto-

olayında, öldüren polis memurunun kişisel kusuru olmakla birlikte, bu kusur, resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak gerçekleştiğinden, hizmetten ve idareden ayrılama-yacak nitelikte olup, görev kusuru teşkil etmektedir. Bu durumda, olayda görev kusuru nedeniyle davacıların uğradığı maddi ve manevi zararların tazmin edilmesi gerekmekte olup, aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.” (DİDDGK, 15.03.2012, E.2010/2740, K.2012/194)

¹⁹ Bu özellik sebebiyle idarenin personelinin haksız fiilini üstlendiği kabul edilmez; sorumluluk, bizzat idarenin kendi sorumluluğu olarak kabul edilir. (ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul-2002, s.733; OZANSOY, s.256; ATAY, s.706.) “İdarenin hizmet kusuru sebebine dayalı sorumluluğu, temyizden incelenen kararda belirlenenin aksine, ikincil derecede sorumluluk olmayıp, asli bir sorumluluktur. Bu nedenle, olayda kusuru bulunan gerçek veya tüzel kişiler aleyhine açılacak davadan sonra idari yargıda tam yargı davası açılabileceği şeklinde bir yaklaşım, idarenin hukuki sorumluluğu kavramıyla bağdaşmamaktadır.” (D.10.D., 13.02.2006, E.2004/9120, K.2006/1220)

²⁰ Özel hukuktaki kusur kavramından bağımsızdır. (ESİN Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, Ankara-1976, s.29; OZANSOY, s.255; ATAY, s.705.)

²¹ Tüm kamu tüzel kişileri için geçerli bir sorumluluk türüdür. (ESİN, S.28; OZANSOY, s.259; ATAY, s.712.)

²² Her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı değerlendirilir. (OZANSOY, s.261; ATAY, s.712; ESİN, s.31.)

²³ “İdarenin yürütmekte olduğu bir hizmetin kuruluşunda, düzenlenişinde veya işleyişindeki nesnel nitelikli bozukluk, aksaklık veya boşluk olarak tanımlanabilen hizmet kusuru; hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi hallerinde gerçekleşmekte ve idarenin tazmin yükümlülüğünün doğmasına yol açmaktadır. İdare personelinin kusurunun da idarenin hizmet kusuru kapsamında kaldığı tartışmasızdır.” (D.10.D., 20.11.2007, E.2005/7545, K.2007/5333)

²⁴ YAYLA, s.361.

²⁵ AYİM, 2.D., 19.10.1994, E.1994/160, K.1994/1648.

runda meydana gelen bir arıza sonrasında yapılması gerekenler yapılmadığı için uçak düşmüştür ve AYİM, şu gerekçe ile hizmet kusurunun varlığını kabul etmiştir;

“Devlet adına hizmet yürüten davalı idarenin halin icaplarına ve ihtiyaca göre hizmeti devamlı ve iyi şekilde topluma arz etmesi ve hizmeti yürütürken kimsenin zarara uğramamasını sağlamak amacı ile gerekli önlemleri alması zorunludur. Bu zorunluluğun gereği gibi yerine getirilmemesi hizmetin kusurlu işlediğinin açık delilidir” dedikten sonra, *“...sola dönüşü devam ederek rüzgar altı yapılmaması gerektiğini bilmeyen pilotunu bu uçağın yönetiminde görevlendirmesi nedeniyle idarenin hizmet kusuru sonucu müessif olayın meydana geldiği bu nedenle de davacıların zararlarının hizmet kusuru ilkeleri gereğince davalı idarece karşılanması gerektiği sonucuna varılmıştır.”*

Benzer bir şekilde AYİM’in hizmet kusuruna hükmettiği ikinci kararı ise şöyledir; *“Zararlı sonucu doğuran olay, gece profil atış görevi sırasında havada iki uçağın çarpışması sonucu meydana gelmiştir. Olayın meydana gelmesinde; henüz deneme aşamasında olan gece Line Abreast uçuşunun, yeterli ehliyet seviyesi kazanmamış pilotlarla, denetlemeye hazırlık gibi yoğun bir uçuş ve tehdit ortamında denenmesi, lider brifingi yapılmadan uçuşa hazırlıksız gidilmesi, yoğun bir uçuş programının uygulanması esnasında lider birifingine yeterli zaman ayrılamaması gibi idari faktörlerin de etkisi olduğu saptandığından, olayda idarenin hizmet kusuru bulunduğu, davacıların zararlarının hizmet kusuru ilkesi gereğince karşılanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”²⁶*

Görüldüğü gibi AYİM bu kararlarında idareyi hizmet kusuruna dayalı olarak tazminat ödemeye mahkum etmiştir. AYİM, aşağıda değineceğimiz benzer bazı kararlarında ise hizmet kusuru yerine kusursuz sorumluluğa dayanarak idarenin sorumluluğuna karar vermiştir.

AYİM’İN KUSURSUZ SORUMLULUK GEREĞİNCE İDARENİN SORUMLULUĞUNU KABUL ETTİĞİ KARARLARI

Sosyal devlet ilkesinin gelişmesiyle birlikte, idarenin faaliyet sahası genişlemiş, buna paralel olarak kullandığı teknoloji gelişmiş ve kamu yararını gerçekleştirebilmek için gün geçtikçe daha geniş yetkilerle donatılan idare

²⁶ AYİM, 2.D., 18.12.2002, E.2002/582, K.2002/963.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

renin, fertlere zarar verme olasılığı da artmıştır. İdarenin faaliyet sahasının genişlemesiyle birlikte, fertlere verdiği zararlardan kusursuz sorumluluğu kabul edilmiş ve kusursuz sorumluluğun uygulama alanı da gün geçtikçe genişlemiştir²⁷. Kusursuz sorumluluk, kusurlu sorumluluğun zaman içerisinde yetersiz kalması sonucunda ortaya çıkmış ve idarenin fiilinin zarara sebep olması, idarenin sorumluluğu için yeterli kabul edilmiştir²⁸. Kusursuz sorumlulukta idare, hakkaniyet ilkesi gereğince ortaya çıkan zararları tazminle yükümlü tutulmaktadır²⁹.

Türk idare hukuku öğretisinde kusursuz sorumluluğun dayandığı ilkeler konusunda bir birlik bulunmamakla birlikte³⁰; genel kabul, tehlike (risk) ilkesi ve fedakârlığın denkleştirilmesi (kamu külfetleri karşısında eşitlik) ilkesi olmak iki temel ilkenin var olduğu şeklindedir.

Tehlike ilkesi, idarenin bazı faaliyetlerinin yapısı gereği bünyelerinde barındırdıkları tehlikeler dolayısıyla kişilerin gördükleri zararların idareye ait herhangi bir kusur olmasa da idare tarafından tazmin edilmesini öngörmektedir. Hakkaniyet gereğince tehlike ilkesine göre kişilerin gördükleri zararların idare tarafından tazmin edilebilmesi için, bu zararın toplumdaki diğer fertlerin gördükleri zararlara nazaran anormal, özel veya farklı bir nitelik taşıması gerekmektedir³¹.

İdare hukukunda tehlike ilkesi, idarenin tehlikeli araç-gereç kullanması, tehlikeli bir meslek yürütülmesi ve sosyal risk hallerinde kabul edilmektedir.

İdarenin kusursuz sorumluluğunun diğer dayanağı olan fedakârlığın denkleştirilmesi veya kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesinde ise; idarenin kamu yararını gerçekleştirmek için yürüttüğü faaliyetler neticesinde, idarenin kusuru bulunmasa ve yapılan faaliyet tehlike arz etmese de bu

²⁷ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara-2014, s.665; DURAN, Türk Kamu Personelinin, s.46; GÜNDAY, s.378.

²⁸ ATAY, s.737.

²⁹ ATAY, s.737.

³⁰ Onar tarafından kusursuz sorumluluğun hasar, sebepsiz zenginleşme, hakkaniyet ve hukuki müsavat ilkelerine dayandığı belirtilmiştir (ONAR, s.1321-1325). DURAN ise imkân ve fırsat eşitliği ilkesine dayandırmıştır (DURAN, Türkiye İdaresinin, s.16). GÖZÜBÜYÜK/TAN tarafından hasar ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkeleri kabul edilmiştir (GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.666-667). GÜNDAY ise tehlike ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkelerine dayandırılmıştır (GÜNDAY, s.378).

³¹ ATAY, s.740.

faaliyetten toplum yararlanırken bazı şahıslar diğerlerine göre daha fazla külfet altına girmişse, nimet-külfet dengesizliğinin giderilmesi için, daha fazla külfet altına giren şahısların zararının idare tarafından karşılanması gerekir³².

Askeri uçak veya helikopter düşmesi olayları ile ilgili olarak AYİM tarafından verilen kararların büyük çoğunluğunda kusursuz sorumluluk ilkesine dayanıldığı görülmektedir. Örneğin, bir askeri görevin ifası için gerçekleştirilen uçuş esnasında kötü hava şartlarından kaynaklanan nedenlerle uçağın düşmesi sonucunda meydana gelen ölüm olayında³³, helikopterin iniş esnasında yüksek gerilim hattına takılarak infilak etmesi sonucu helikopter teknisyeni olan personelin ölümü olayında³⁴, 6450 feet yükseklikte yoğun karla kaplı arazi üzerine düşen helikopterdeki askeri personelin şehit olması olayında³⁵, bölgedeki sirüs tipi bulutlardan dolayı ufuk çizgisinin ve alçak bulutlardan dolayı yer çizgisinin belli olmaması nedeni ile pilotların fark edilemeyen his yanılıgına sürüklenmesi sonucu meydana gelen F-16 uçağının düşmesi olayında³⁶, bölgesinde personel indirmeyi müteakip, terör örgütü mensuplarınca uzaktan kumandalı patlayıcı düzeyneğinin patlatılması sonucu helikopterin düşmesi olayında³⁷, operasyon bölgesine personel nakli yapan bir helikopterin iniş esnasında, güç kaybı nedeniyle yan yatarak sürüklenmesi ile gerçekleşen ölüm olayında³⁸ AYİM'in, idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmadığını, müteveffanın da bir kusurunun bulunmadığını belirttiği bu kararlarının gerekçesinde;

“...olayın bir kamu hizmeti sırasında meydana geldiği dikkate alındığında, hizmetle doğrudan doğruya ilgili olduğu, hizmetle zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunduğu anlaşılmaktadır. Gerek öğretide gerekse yargı kararlarında kabul edildiği üzere, özellikle Silahlı Kuvvetler tarafından yerine getirilen bazı hizmetlerle, hizmetin ifasında kullanılan uçak, helikopter, silah, top, mayın gibi araç ve gereçler yapıları gereği

³² DURAN, Türk Kamu Personelinin, s.48; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.667; GÜNDAY, s.382.

³³ AYİM, 2.D., 23.02.2005, E.2004/423, K.2005/205.

³⁴ AYİM, 2.D., 23.03, 2005, E.2004/447, K.2005/284.

³⁵ AYİM, 2.D., 22.06.2005, E.2005/24, K.2005/543.

³⁶ AYİM, 2.D., 24.05.2006, E.2005/674, K.2006/508.

³⁷ AYİM, 2.D., 13.05.2009, E.2008/245, K.2009/575.

³⁸ AYİM, 2.D., 27.11.2013, E.2013/686, K.2013/1385.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

hem ilgililer hem de üçüncü kişiler için tehlike arz ederler. Bunların taşıdığı tehlikelerin ne zaman ortaya çıkacağını tahmin edip önceden tedbir alarak önlemek mümkün olamaz. İşte bu gibi tehlike taşıyan hizmetlerle araç ve gereçlerden sağlanan yararlar nasıl ki bunların sahibine ait oluyor ise, doğan zararlar da onların sahibine ait olmalıdır şeklinde ifade edilebilecek olan risk ilkesinin bir gereği olarak davacıların uğradığı zararların, hizmetin sahibi olan idare tarafından kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca karşılanmasının gerektiği sonucuna ulaşılmıştır”, diyerek, idarenin risk ilkesi gereğince sorumlu olduğu belirtilmiştir.

AYİM’in 1996 tarihli hakkaniyet ve nesafet kuralları gereği uçak kazasından idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmettiği bir kararı ise şöyledir; “Teknolojideki son yenilikleri bünyesinde bulunduran çok girift ve teferruatlı elektronik yapısı bulunan uçak kazalarına idare ve kullanan tarafından her türlü tedbir alınsa bile rastlanmaktadır. Kullanılan aracın hareket kabiliyetinin çok seri olması elektronik aygıtların çeşitliliği ve görülen fonksiyonun niteliği nedeni ile pilotluk mesleği riskli bir kamu hizmeti sayılmaktadır. Aynı zamanda görülen faaliyetin bünyesinde mevcut bir tehlikelilik taşıdığından da bahsetmek mümkündür. Bu nedenlerle idarenin herhangi bir kusuru bulunması da bu faaliyet esnasında doğan zararları kusursuz sorumluluk esası uyarınca gidermesi hakkaniyet icabıdır. Ayrıca kaza raporunda pilotun ihmal ya da yanlışlık olarak zikredilen hareketlerinin de meydana gelen zarardan belirtilen ilke uyarınca idarenin kusursuz sorumluluğunu engelleyici nitelikte ve kesafette olmadığı ve idarenin buna rağmen sorumluluğunun varlığı değerlendirilmiştir. Bu nedenle davacıların zararlarının idare tarafından karşılanmasının idare hukukunun genel ilkeleri, hakkaniyet ve nesafet kuralları gereğidir.”³⁹

AYİM yakın tarihli bir kararında ise, icra edilecek bir operasyon görevi için operasyon bölgesine intikal sırasında helikopterin düşmesi ile ilgili olarak, olayın meydana gelmesinde hizmetin kurulması ve işletilmesinden doğan ve idareye atfı kabul bir hizmet kusurunun bulunmadığı, ancak müteveffanın askeri bir görevin ifası sırasında şehit olmuş olması nedeniyle zararlı sonucu doğuran olay ile hizmet arasında illiyet bağı bulunduğu, olayın hizmetin ifası sırasında meydana gelmiş olması sebebiyle olay ile hizmet arasında nedensellik bağı bulunduğundan, meydana gelen

³⁹ AYİM, 2.D., 10.01.1996, E.1995/532, K.1996/9.

zararın, hangi kusursuz sorumluluk ilkesine dayandırıldığı belirtilmeden, zararın zarar gören üzerinde bırakılmayarak topluma yayılmasının, adalet, eşitlik ve hakkaniyet kurallarına uygun düşeceği için davacıların zararlarının kusursuz sorumluluk ilkelerine göre karşılanması gerektiğine karar vermiştir⁴⁰.

Görüldüğü gibi AYİM kusursuz sorumluluğu kabul ettiği kararlarının bazılarında risk ilkesine dayanırken; bazı kararlarında ise adalet, hakkaniyet, nesafet ilkelerine dayanmıştır.

Konu ile ilgili bazı kararlarda ise meydana gelen olaylarda, kusurun tespit edilmesine rağmen AYİM yine de risk ilkesine göre idarenin kusursuz olacağına karar vermiştir. Bu şekildeki bir karara konu olan olay, iki F-4E uçağının havada çarpışması sonucunda gerçekleşmiştir. Bu konu ile ilgili AYİM'in kararı şöyledir:

“İki adet F-4E uçağının havada çarpışması sonucunda meydana gelen ölüm olayından dolayı ölenin yakınlarının açtığı tam yargı davasında, çarpışma olayının öğretmen pilotun kumandalara müdahalede geç kalması veya çarpışmadan kaçınma için uygun kumanda tekniğini kullanmaması sonucunda meydana geldiğini, Askeri Savcılık tarafından maznunun vefatı dolayısıyla kamu davasının ortadan kalkacağı belirtilmiştir. İdareye ve müteveffaya atfi kabil bir kusur bulunmadığı için idarenin risk ilkesine göre kusursuz sorumluluğuna hükmedilmiştir⁴¹. Aynı olayda şehit olan bir diğer kişinin yakınlarının açmış olduğu davada AYİM, “...Askeri Savcılığınca yürütülen soruşturma sonucunda, ölüm hadisesinin oluşumunda illiyet bağı oluşturacak tarzda müteveffalar dışında başka bir kişiden kaynaklanan kusurlu bir davranış saptanmadığı gerekçesiyle Askeri Savcılığın ... sayılı kararıyla olay hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği ... nın ölümü olayında, idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru bulunmamaktadır. Müteveffanın da olayda doğrudan bir kusurunun bulunmadığı anlaşılmıştır... risk ilkesinin bir gereği olarak davacıların uğradığı zararların, hizmetin sahibi olan idare tarafından kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca karşılanmasının gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.”⁴².

Yine benzer şekilde hizmet kusuru yerine risk ilkesini kabul ettiği bir başka kararında; *“helikopter pilotlarının alçaktan uçuş yaptıkları sırada,*

⁴⁰ AYİM, 2.D., 07.05.2014, E.2013/1868, K.2014/694.

⁴¹ AYİM, 2.D., 01.06.2005, E.2004/779, K.2005/483.

⁴² AYİM, 2.D., 01.03.2006, E.2005/671, K.2006/177.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

karşıdan gelen güneş ışığının da etkisi ile elektrik iletim tellerini (yüksek gerilim) fark edememelerinin de etkisi ile helikopterin pervanesinin tellere çarptığı ve helikopterin düştüğü, ... 'in kazanın etkisi ile şehit olduğu, olay sonrası düzenlenen kaza kırım raporunda kazanın %50 pilotaj hatası ve %50 diğer faktörlerden kaynaklandığı belirtilmesine rağmen olay ile ilgili olarak ... As.Savcılığınca yapılan hazırlık soruşturması sonucu ... tarih ve ... E.-K. Sayılı Kovuşturmaya Yer Olmadığı kararı verildiği, bu kararda kazaya sebebiyet veren yüksek gerilim hattının yapıldığı tarihte elektrik iletim hattının fark edilmesini mümkün kılan ikaz kareleri ve sair işaretlerin yapılmadığı tespiti yapılarak sonuç olarak “.....olayın meydana gelmesinde pilotların emir ve talimatlara aykırı bir davranışları olmaksızın.....bir başkasının da kusuru bulunmadığı” nın belirtildiği” dedikten sonra AYİM, idareye yüklenebilecek bir hizmet kusurunun ve müteveffanın da herhangi bir kusurunun bulunmadığını, bu sebeple risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğuna karar vermiştir⁴³.

AYİM'in benzer bir diğer kararında da; “....K.lığınca düzenlenen müşterek kanaat raporunda, uçağın sol yatay stabilize silindir serve rod başının, uçağın yerden yükselişi sırasında lövyeye geri kumandası verilmesi sırasında kırılarak uçağı normal duruma sokması, sol yatay stabilize silindiri serve roduna ait rod başını sabitleyen somunun bilinmeyen bir zaman ve bakım kademesinde ters tarafa sıkılmış olması ve bunun sonucunda rod başının yorulma nedeniyle kırılmasının ana sebep olarak gösterildiği, olayla ilgili olarak düzenlenen vak'a kanaat raporuna göre olayda davacılar yakını müteveffa ...in herhangi bir kusurunun bulunmadığı, ...K.lığının ... tarihli yazısından uçağın FASBAT'ında malzemenin değiştirilmiş olmasının yanı sıra takip eden 4 yıl boyunca bakım idame faaliyetlerinde bölgeye yapılan müdahaleler dikkate alındığında rod başına ait somunun rod başına doğru taşınması işleminin ne zaman ve kimin tarafından yapıldığının tespitinin mümkün olmadığı belirtilmiştir, bu nedenle ... As.Savcılığının ... gün ve ... karar sayılı kararı ile şehitlerin ölümü ile ilgili kusuru veya ihmali bulunan personelin tespitine ilişkin kamu davasını açmaya yetecek delilin bulunmadığı, bulunmasının da mümkün olmadığı anlaşıldığı belirterek kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği” risk ilkesi gereğince idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmiştir⁴⁴.

⁴³ AYİM, 2.D., 03.10.2007, E.2007/353, K.2007/780.

⁴⁴ AYİM, 2.D., 19.03.2008, E.2007/357, K.2008.367.

Benzer bir başka olayda da, eğitim uçuşu esnasında teknik nedenlere dayalı olarak uçağın düşmesi sonucu şehit öğretmen pilot subayın yakınlarının uğradıkları zararın tazmini için açılan davada AYİM, “...müşterek kanaat raporunun incelenmesinden kazanın 1. ana sebebi olarak pas geçiş sırasında pike flabının aşağıda unutulmasından ve tali sebep olarakta uçuş programının görerek uçuş planlanmasına rağmen programa uyulmayıp aletli uçuş icra edilmesinden kaynaklandığı, öğretmen pilotun olayda müterafik kusurunun bulunduğu ancak bunun zararlı sonuç ile hizmet arasındaki nedensellik bağına kesecek yoğunlukta bulunmadığı anlaşılmıştır” diyerek, kusursuz sorumluluğa hükmedilmiştir⁴⁵.

Görüldüğü gibi AYİM bu kararlarında hizmet kusuru yerine kusursuz sorumluluk ilkesine dayalı olarak idarenin sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Oysa ki, ilk kararda uçakta bulunan öğretmen pilotun kumandalara müdahalede geç kalması veya çarpışmadan kaçınma için uygun kumanda tekniğini kullanmaması gibi bir takım kusurlu davranışlarının olduğundan bahsedilmiş olmasına rağmen yine de idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmiştir. AYİM’in kararına konu olan ikinci olayda da helikopterin pervanesi elektrik tellerine takıldığı için helikopter düşmüştür. Olay sonrası düzenlenen kaza kırım raporunda kazanın %50 pilotaj hatası ve %50 diğer faktörlerden kaynaklandığı belirtilmesine rağmen yine Yüksek Mahkeme tarafından idareye yüklenebilecek bir hizmet kusuru olmaması sebebiyle idarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilmiştir. Aktardığımız üçüncü olayda ise Hava Kuvvetleri Komutanlığı tarafından hazırlanan müşterek kanaat raporunda uçağın düşmesinin temel sebebi olarak, rod başını sabitleyen somunun ters tarafa sıkılmış olması gösterilmiştir. Müşterek kanaat raporunda bu kusur tespit edilmiş olmasına rağmen AYİM kararında rod başına ilişkin bu davranışın kim tarafından ve ne zaman yapıldığının tespit edilemeyeceği, ayrıca askeri savcılık tarafından, ilgili kusuru veya ihmali bulunan personelin tespitine ilişkin kamu davasını açmaya yetecek delilin bulunmadığı için kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verildiği, bu sebeple de idarenin risk ilkesi uyarınca kusursuz sorumluluğunun var olduğuna karar verilmiştir. Sonuncu kararda da benzer şekilde birtakım

⁴⁵ AYİM, 2.D., 17.03.1999,930,191, Nakleden; ATAY Ender Ethem ATAY/ODABAŞI Hasan/GÖKCAN Hasan Tahsin, İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin, Ankara-2003, s. 828-829.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

kusurlu davranışların varlığından bahsedilmiş olmasına rağmen kusursuz sorumluluğa karar verilmiştir.

Bu gibi tehlikeli hizmetlerden idarenin sorumlu olabilmesi için kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi zarar görenler açısından olumlu bir yaklaşımdır. Böylelikle bir kusurun varlığı ispatlanamasa da mağdurların zararı kusursuz sorumluluğa göre idare tarafından karşılanabilir. Ancak idarenin sorumluluğunda temel sorumluluk ilkesi kusur sorumluluğudur⁴⁶. Kusursuz sorumluluk ise istisna olarak kabul edilmektedir⁴⁷. Askeri uçak ve helikopterler nitelikleri gereği tehlikeli araçlardır, idarenin sunduğu bu hizmet de tehlikeli bir kamu hizmetidir. Ancak tehlikeli bir aracın veya hizmetin varlığı halinde dahi öncelikle ortaya çıkan zararda idarenin kusurunun olup olmadığı incelenecek, kusur yoksa idare ancak o zaman kusursuz sorumluluğa göre sorumlu tutulabilecektir. AYİM tarafından bu kararlarda kusurlu sorumluluğa göre idarenin sorumluluğuna hükmetme imkânı varken Yüksek Mahkeme tarafından kusursuz sorumluluğa hükmedilmiştir. Kusursuz sorumluluk istisnai bir sorumluluk ilkesi olmasına rağmen Yüksek Mahkeme tarafından oldukça geniş yorumlanmıştır.

GÖZLER, “Yani, idare, bazı istisnalar dışında ancak kusurlu ise sorumludur. Dolayısıyla kusursuz sorumluluk halleri dar yorumlanmalı, idarenin sorumlu olduğu anlaşılıyor, ama hangi tür sorumlu olduğu konusunda tereddüt hasıl oluyorsa idarenin kusurlu sorumluluğu yoluna gidilmelidir.”⁴⁸ diyerek; YAYLA ise, “İdari sorumluluk esasları içinde, hizmet kusuru öncelikli bir yer tutar. Bu nedenle, bir olayda hizmet kusuru tespit edilebiliyorsa, idareyi sorumlu tutacak başka bir esas aramaya gerek yoktur. Hizmet kusuru genel sorumluluk esasıdır”⁴⁹ sözleriyle, bu hususu ifade etmişlerdir.

Danıştay da idarenin sorumluluğunun tespitinde bu hususu şu şekilde vurgulamıştır; “Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz so-

⁴⁶ ATAY, s.712; GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Yayınları, Bursa-2003, s. 974.

⁴⁷ GÖZLER, s. 974.

⁴⁸ GÖZLER, s. 975.

⁴⁹ YAYLA, s. 362-363.

rumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir”⁵⁰.

Danıştay aynı kararında şu ifadeleri de kullanmıştır: “İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur. İdari yargı da, bu anlayış doğrultusunda, idare hukukunun ilke ve kurallarını uygulamak suretiyle, idarenin hukuki sorumluluk alanını ve sebeplerini içtihadıyla saptamak zorundadır.

Genel anlamı ile tam yargı davaları, idarenin faaliyetlerin ötürü, hakları zarara uğrayanlar tarafından idare aleyhine açılan tazminat davalarıdır. Bu tür davalarda mahkeme, hem olayın maddi yönünü, yani zararı doğuran işlem ve eylemleri, hem de bundan çıkabilecek hukuki sonuçları tespit edecektir”. Danıştay’ın kararında kullandığı bu ifadeler oldukça anlamlıdır.

Yine AYİM’in bu kararlarına ilişkin olarak belirtmek istediğimiz bir diğer husus ise, hizmet kusurunun anonim olma özelliğinin göz ardı edilmiştir. Hizmet kusurunun anonimliği ATAY tarafından şu cümlelerle açıklanmıştır;

“Hizmet kusurunda kusurun ismen belirli bir kamu görevlisi veya memuruna, atıf ve isnadı gerekmez. Zira, hizmet kusuru belirli bir kamu görevlisi ve memurun kişisel bir kusuru olmayıp; belirli bir kamu hizmetini görmekle yükümlü kamu kurum veya kuruluşuna, bu hizmeti yerine getirmedeki yükümlülüğü dolayısıyla atfedilen bir kusurdur. Bu itibarla kusurun belirli bir kamu görevlisi veya memurla herhangi bir bağı yoktur. Hizmet kusuru ilkesine göre, kusurluluğuna hükmedilen kamu görevlisi veya memur değil, zararın nedeni olan hizmettir. Kusur, hizmetin bünyesinde kaynaşmış haldedir. İşte bu özellik, hizmet kusuruna objektif bir nitelik kazandırır. Bunun sonucu olarak da kusurun faili bilinse bile; örneğin zarar, kamu görevlisi veya memurun ehliyetsizliğinden, yetersizliğinden veya tecrübesizliğinden kaynaklanan bir kusura bağlı bulunsa da, durum değişmez. İdare, kusurlu memurun bu halini öne sürerek sorumluluktan kurtulamaz ve hatta sorumluluğunu hafifletemez.”⁵¹.

⁵⁰ D.10.D., 29.04.2008, E.2007/3301, K.2008/2939.

⁵¹ ATAY, s. 711-712.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

YAYLA tarafından hizmet kusurunun bu özelliği şu ifadelerle aktarılmıştır;

“Hizmet kusuru, belli bir idarenin (bir makamı temsil eden kişi, bir kurulda yer alan ve karar veren kişiler) öznel noksanlıklarının dışında, yürütülen idari faaliyetin yetersizliğinden kaynaklanabilir. Yeterliliğin veya yetersizliğin tespitinde, yaşanan çağın ortalama düzeyi, standard aranır. Bu her zaman kolay değildir ve kesin bir ölçüte de bağlanamaz. Sözgelimi, bazı teknik veya mali olanaksızlıklar, idareyi veya onun faaliyetini yetersiz kılabilir. Bu takdirde olayın özelliklerine inerek çözüm aramak gerekecektir. İdare hakimi, çağın ortalama idarelerinde bulunması gereken bir düzeyi zarara yol açan idare işlem veya eyleminde bulamıyorsa idare bu düzensizlikten –yetersizlikten- sorumlu tutulabilecektir. Yetersizliğin, belirlenebilir, teşhis edilebilir, ismi konulabilir bir faili olmasa bile! İşte bu durum, hizmet kusurunun var olduğunu ama aynı zamanda anonim olabildiğini gösterir.”⁵²

YAYLA tarafından da ifade edildiği gibi idarenin kusurlu olup olmadığına bakarken söz konusu hizmet ile ilgili ortalama bir idarede bulunması gereken hizmet standartları temel alınarak hizmetin kusurlu olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

Hizmet kusurunun bu özelliğinin pek çok Danıştay kararında da vurgulandığını görmekteyiz; *“İdarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumluluğu, idarece yürütülen hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde ve işleyişinde ortaya çıkan her türlü bozukluk, aksaklık ve eksikliktir. Bu bağlamda hizmet kusuru, özel hukuktaki anlamından uzaklaşarak nesnelleşen, anonim bir niteliğe sahip, bağımsız karakteri olan bir kusurdur. Hizmet kusurundan dolayı sorumluluk, idarenin sorumluluğunun doğrudan doğruya ve asli nedenini oluşturmaktadır.”⁵³*

⁵² YAYLA, s. 361.

⁵³ D.10.D., 29.04.2008, E.2007/3301, K.2008/2939. *“Yasalarla kendilerine verilen kamu hizmetinin işlemlerini sağlayacak örgütü kurmak, personel ve araç gereci hizmet gereklerine uygun şekilde hazırlamakla yükümlü olan idarenin, hizmeti yürüten personelinin görevi sırasında yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurunun hizmet kusurunu oluşturacağı ve zararın tazminiyle sorumlu tutulacağı, idare hukukunun bilinen ilkelerindedir.”* (D.10.D., 04.10.2001, E.2001/40, K.2001/3396). *“Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak gene de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak onları kullanarak hareket ettikleri, bu*
YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

Görüldüğü gibi, hizmet kusurunun tespitinde mutlaka kusurlu bir personelin varlığı gerekmezken AYİM bu kararlarında somut olarak kusurlu bir personel aramış ve kusurun hangi personele ait olduğu tespit edilemediği için de hizmet kusurunun olmadığına karar vermiştir. Ayrıca söz konusu kararlarında AYİM, idareye ait bir hizmet kusurunun olmadığına karar verirken buna dayanak olarak askeri savcılık tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarını göstermektedir. Oysa ki askeri savcılık olaya cezai anlamda bakmaktadır ve sorumlu bir personel aramaktadır. Oysa ki idarenin sorumluluğunu tespit ederken hizmet kusuru olup olmadığının belirlenmesinde kusurlu bir personelin tespit edilmesine lüzum yoktur. Önemli olan hizmette bir aksaklığın bir eksikliğin olup olmadığıdır. Hizmet kusurunun esnek olma özelliği dolayısıyla yargı mercii her somut olayda söz konusu olayın özelliklerine göre bir kusurun var olup olmadığını inceleyecektir.

SONUÇ

İdarenin sorumluluğu konusunda kusurlu sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki tane sorumluluk ilkesi kabul edilmekle birlikte bu ilkelerden hizmet kusuru olarak adlandırılan kusurlu sorumluluk, idarenin asıl sorumluluk sebebidir. Bunun bir sonucu olarak da bir olayda idarenin sorumluluğunun var olup olmadığını tespit ederken, öncelikle hizmet kusuruna ilişkin bir değerlendirme yapılmalı, eğer hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinden birinin varlığı araştırılmalıdır.

Hizmet kusurunun en temel özelliklerinden bir tanesi anonim olmasıdır. Bu özellik dolayısıyla, bir olayda hizmet kusurunun varlığının kabul edilebilmesi için somut olarak sorumlu bir durumun veya bir personelin tespit edilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. İşte bu husus hizmet kusurunu özel hukuktaki kusur sorumluluğundan ayıran en temel özelliktir. Buna göre, genel olarak bir hizmetin kuruluşunda, işleyişinde, denetiminde bir eksiklik, aksaklık varsa orada hizmet kusurunun varlığı kabul edilir.

nedenle de idaresiyle bütünleştiği, idaresinden ayrılmasını önleyen ve engelleyen görev kusurları, sonuç olarak hizmetin yürütülmesi sırasında ortaya çıktığından, idare yönünden de "hizmet kusuru"nu oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, kamu görevlilerinin görev kusurları nedeniyle, yürütülen kamu hizmeti işlememekte, geç işlemekte ya da kötü işlemektedir." (D.10.D., 20.10.1999, E.1997/721, K.1999/5266.).
 YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Askeri uçak ve helikopterlerin düşmesi sonucu meydana gelen ölüm olaylarına dayanılarak açılan tam yargı davalarında da hizmet kusurunun bu özelliğinin dikkate alınması gerekmektedir. Hizmet ile ilişkilendirilebilen bir eksikliğin, aksaklığın varlığı halinde hizmet kusurunun varlığı kabul edilmeli, aksi halde ise kusursuz sorumluluğa göre karar verilmelidir.

Söz konusu olaylarla ilgili olarak açılan tam yargı davaları sonucunda AYİM tarafından bazı olaylarda idarenin sorumluluğu hizmet kusuruna dayandırılmakla birlikte, bazı olaylarda bir kusurun varlığının tespit edilmesine rağmen idarenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk ilkelerine dayandırılmıştır. Bu kararlarda genellikle somut olarak bir kusur veya bir kusurlu davranış tespit edilmeye çalışılmış dolayısıyla hizmet kusurunun anonimlik özelliği pek dikkate alınmamıştır.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-İstanbul-2014.

ATAY Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara-2009.

ATAY Ender Ethem ATAY/ODABAŞI Hasan/GÖKCAN Hasan Tahsin, İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin, Ankara-2003.

AZRAK Ali Ülkü, “İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, İstanbul Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No:622, İstanbul-1980.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-2015.

DERDİMAN Cengiz, İdari Yargının Genel Esasları, Aktüel Yayınları, Bursa-2014

DURAN Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No.138, Sevinç Matbaası, Ankara-1974.

ESİN Yüksel, Danıştay’da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, Ankara-1976.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınları, Ankara-2011.

GÖZLER Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Yayınları, Bursa-2003

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut, İdare Hukuku Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara-2014

KALABALIK Halil, “Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğunda Sistemler ve Türk Sorumluluk Hukuku”, Belediye Dergisi, C.3, S.11, Mayıs-1997.

KALABALIK Halil, “Anayasa’nın 40/II ve 129/V inci Maddelerine Göre Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Kişilere Verdikleri Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”, Belediye Dergisi, C.4, S.2, Ağustos-1997.

KALABALIK Halil, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Sayram Yayınları, Konya-2014

OZANSOY Cüneyt, Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara-1989.

ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 2. Cilt, 2. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul-1960.

ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul-2002.

ÖZDEMİR Necdet, Hizmet Kurusu Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara-1962.

ÖZGÜLDÜR Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara-1996.

SANCAKTAR Oğuz, İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-2014.

SARICA Ragıp, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt:15, S.4.

YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul-2009.

CEZA MUHALEMESİNDE TELEFON VE TELSİZLE YAPILAN İLETİŞİMİN KAYDA ALINMASI TAPE VE DÖKÜMLERİNİN DELİL NİTELİĞİ VE MAHKÛMİYETE ESAS ALINMASI ÜZERİNE BİR İNCELEME

(AN ANALYSIS ON THE RECORDING OF THE TELEPHONE, OR THE WIRELESS COMMUNICATION, THE EVIDENTIARY VALUE OF THE TAPES AND THEIR RECORDINGS AND UTILIZING THESE AS A BASIS FOR CONVICTION UNDER THE CRIMINAL PROCEDURE)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Ahmet BOZDAĞ*

ÖZET

Son yıllarda ceza muhakemesinde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması önemli bir delil elde etme aracı olarak kullanılmaktadır. Bu uygulama, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasıyla elde edilen delillerin ceza muhakemesindeki ispat değeri konusundaki tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu çalışma, hukuka uygun olarak elde edilen telefon ve telsizle yapılan iletişimin kayda alınması tape ve dökümlerinin, ceza muhakemesindeki delil değeri ve mahkûmiyet hükmüne esas alınıp alınamayacağı konusu ile sınırlı tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İletişimin kayda alınması, Ceza muhakemesinde delil, dinleme kayıtlarının delil niteliği, mahkûmiyet hükmü.

ABSTRACT

In recent years, listening and recording of correspondence through telecommunication are used as a significant instrument of obtaining evidence in criminal procedure. This practice accompanies the discussions

* Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, **e-posta:** ahmet@gantep.edu.tr

about the issue of the evidential value of the evidences obtained by means of listening and recording of correspondence through telecommunication. This study is restricted by the issues of lawful recording of correspondence that is carried out through the phone or the transmitter, the evidential value of the tape and its scheme in criminal procedure, using these evidences as base for the verdict of guilty.

Keywords: *Recording of communication, evidence under the criminal procedure, the evidentiary value of wire tapping records, verdict of guilty.*

I. GENEL OLARAK TELEKOMÜNİKASYON YOLUYLA YAPILAN İLETİŞİMİN DİNLENMESİ VE KAYDA ALINMASI

Haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği, 1982 Anayasası'nın 22. maddesi ile Kişinin Hakları ve Ödevleri bölümünde düzenlenmiş ve Anayasal düzeyde koruma altına alınmıştır. Ayrıca haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliğini korumak amacıyla, Türk Ceza Kanunu'nda "Kişiler Arasındaki Haberleşmenin Gizliliğini İhlâl" (TCK m. 132); "Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması" (TCK m. 133); "Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl" (TCK m. 134) fiilleri açıkça suç olarak düzenlenmiştir¹. Anacak hem Anayasa hem de TCK ile haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği hakkının korunmasına belirli istisnalar getirilmiştir². Buna göre, *millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve*

¹ **Kocaoğlu, Serhat Sinan**, "Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kurum ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı", Ankara Barosu Dergisi, 2012/1, s.62

² "Bugünün ceza hukuku kurumları, organize suçluluk olgusu karşısında çaresiz kalmıştır. İşte bu nedenle insan haklarına saygı prensibinin öncelik kazandığı günümüzde organize suçlulukla mücadele amacıyla birçok ülkede gizli soruşturma tedbirlerine yer verilmesi anlayışı giderek yaygınlık kazanmış ve bu yaygınlık birçok batı ülkesinde yeni yapılmakta olan ceza kanunlarında etkisini göstermiştir". **Taşkın, Mustafa**, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 27; **Gülsoy, Mehmet Tevfik**, "Haberleşme Hürriyetinin Anayasal Çerçevesi", Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokyumu, Atatürk Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayını, Erzurum, 8 Ekim 2010, s. 33-34.

özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağılı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile haberleşmenin gizliliğine belirli sınırlamalar getirilebilir (Any. m. 22). Anayasa'nın bu hükmüne paralel olarak CMK'da da, "bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla yaptığı iletişimin dinlenebileceği ve kayda alınabileceği düzenlenmiştir" (CMK m. 135).

Türk hukuk sisteminde kabul edilen telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, şüpheli ve sanığa uygulanabilen, delil elde etmek amacıyla sadece belirli suçların işlendiği iddiası kapsamında başvurulabilen ve özel hayatın ve haberleşmenin gizliliğini ihlal niteliği taşıyan istisnai bir koruma tedbiridir³.

Gerek iç hukukta gerekse de uluslararası hukukta⁴, Anayasa ve CMK'nın belirlediği usullere uygun olarak telekomünikasyon yoluyla ya-

³ **Şahin, Cümhur**, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-", Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokyumu, Atatürk Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayını, Erzurum, 8 Ekim 2010, s. 2; **Centel, Nur – Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, 11. Bası, İstanbul, 2014, s. 212; **Hendek, Hasan**, Türk Ceza Hukuku Açısından Telekomünikasyon Yolu ile Yapılan İletişimin Denetlenmesi, (Kırıkkale Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2008, s. 6.

⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de verdiği kararda telefon dinlemelerinin usulüne uygun yapılması halinde elde edilen tapelerin delil olarak kullanılabileceğini kabul etmiştir. "Uyuşturucu kaçakçılığı suçuyla ilgili yapılan bir soruşturma sırasında soruşturma yargıcının Ceza Usul Kanununun 579(3). fıkrasına göre başvuru tarafından işletilen uyuşturucu kaçakçılığı ağına dahil gerçek ve tüzel kişilerin telefonlarının dinlenmesine dair verdiği karar gereğince başvuru telefonlarının dinlenmesi ve başvuru uyuşturucu kaçakçılığı suçundan 20 yıl hapis cezası ile para cezasına mahkum olması, mahkumiyet kararının başvuru telefonlarının dinlenen telefon görüşme kayıtlarına dayandırılması, başvuru telefonlarının dinlenmesinin hukuka aykırılığı iddiasıyla yaptığı üst başvuruların reddedilmesi, Mahkeme'ye göre bu konuda iç hukukta özellikle Yüksek Mahkeme tarafından iyileştirmeler yapılmış olmasına rağmen telefon dinlemenin tedbirlerinin denetimiyle ilgili Ceza Usul Kanunundaki koruyucuların Mahkeme'nin aradığı şartları karşılamaması, yani bu tür kararların verilebileceği suçların niteliğinin belirlenmemiş olması, telefon dinlemeye süre koyulmamış olması, dinlenen görüşmeler hakkında rapor
YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

pılan iletişimin kayda alınması tapeleri ve bu tapelerin dökümlerinden oluşan tutanaklar, hukuka uygun delil olarak kabul edilmekte ve bu delillerin ceza muhakemesinde ispat vasıtası olarak kullanılmasına izin verilmektedir⁵. Diğer bir ifadeyle, iletişimin kayda alınmasıyla elde edilen tapeler ile tapelerin çözümünden oluşan tutanaklar, hukuka aykırı delil kategorisine girmediği sürece ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır⁶.

II. CEZA MUHAKEMESİNDE DELİL TÜRLERİ VE NİTELİKLERİ

Ceza muhakemesinin amacı, şüpheli ve sanığın haklarını ihlal etmemek koşuluyla maddi gerçeğe ulaşmaktır. Diğer bir ifadeyle ceza muhakemesi, geçmişte yaşandığı iddia edilen bir olayın, gerçekten meydana gelip gelmediğini, olayın sanık tarafından meydana getirilip getirilmediğini ve olayın ceza hukukundaki sonuçlarını tam olarak tespit etmek amacıyla yapılan bir yargılama faaliyetidir. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak için kullanılan araçlar ise, delil olarak nitelendirilmektedir. Ceza muhakemesinde delil, fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını temin ameliyesinde kullanılan, ceza uyuşmazlığını oluşturan olayın bir parçasını ya da tamamını ispat edebilecek, duyu organları ile algılanabilen ve maddi varlığa sahip araçlardır⁷.

hazırlanma usulünün belirtilmemiş olması nedeniyle Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir". AİHM, Prado Bugallo/İspanya, Karar sıra no: 3530, T. 18.02.2003 (www.ihami.anadolu.edu.tr, Erişim: 20.02.2015).

⁵ **Centel-Zafer**, s. 419-420; Yargıtay'da verdiği çeşitli kararlarda, hem suç işlenmeden önce hem de suç işlendikten sonra, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması suretiyle elde edilen delillerin *tümünün belirti niteliğinde delil sayıldığına* karar vermiştir. Y8CD T. 12.5.2009, E. 2009/417, K. 2009/6705, (www.kazancı.com.tr, Erişim: 15.10.2014); **Kunter, Nurullah- Yenisey, Feridun- Nuhoglu, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınları, 2010, s. 1438.

⁶ **Yenisey, Feridun – Altunç, Sinan**, “İletişimin Denetlenmesi Hakkında”, www.hukukturk.com. Erişim: 22.10.2014, s. 19; **Öztürk, Cemal**, “Delillerde Farklı Bir Sınıflandırma Anlayışı”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 2, Ekim 2006, s. 75.

⁷ **Balcı, Murat**, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.179.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak için, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delil kullanılabilir⁸ (CMK m. 217/2). Doktrinde⁹ ceza muhakemesinde kullanılacak deliller, *beyan delilleri*, *belge delilleri* ve *belirti delilleri* olarak sınıflandırılmaktadır. Beyan delili, şüpheli, sanık, mağdur, suçtan zarar gören, katılan veya bu kişiler dışındaki üçüncü kişilere ait uyuşmazlık konusu maddi olaya ilişkin mahkeme huzurunda yapılan sözlü açıklamalardır. Belge delili, uyuşmazlık konusu olayı belirli şekillerle bir nesne üzerine aktarılmasıyla oluşan (yazılı, sözlü, görüntülü) ve somut olayı bire bir temsil eden delillerdir. Belirti delili ise, somut olaya ilişkin olarak beyan ve belge delili dışında kalan her türlü iz ve nesne şeklindeki delillerdir.

III. TELEFON VE TELSİZLE YAPILAN İLETİŞİMİN KAYDA ALINMASI TAPE VE DÖKÜMLERİNİN CEZA MUHALEMESİNDEKİ DELİL NİTELİĞİ VE MAHKÛMİYETE ESAS OLUŞTURMASI

A) Tape ve Dökümlerin Delil Niteliği

Ceza muhakemesinde kural olarak “*delil serbestisi ilkesi*” ve “*vicdani delil sistemi*” kabul edildiğinden, maddi gerçeğe ulaşmak için, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delilin ispat vasıtası olarak kullanılabilceği kabul edilmektedir¹⁰ (CMK m. 217/2). Her ne kadar ceza muhakemesinde delil serbestisi ve vicdani delil sistemi kabul edilmiş ise de hâkim, sadece duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış hukuka uygun delilleri hükme esas alabilir¹¹ (CMK m. 217/1). Dolayısıyla ceza muhakemesinde hükmün kurulmasında kullanılacak delillerin, hukuka uygun olarak

⁸ **Uzunkaya, Esra**, “*Yargı Kararları Işığında Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi ve Değeri*”, (<http://www.insanihakuk.com/makale/yargi-kararlari-isiginda-turk-ceza-yargilamasi-hukukunda-delil-sistemi-ve-degeri/>), Erişim: 12.12.2014), s. 3.

⁹ **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s. 1345; **Centel-Zafer**, s. 212.

¹⁰ **Öztürk, Bahri ve Diğerleri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s.295-296, 386-387; **Balci**, s. 179, 185; **Soyaslan, Doğan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.428.

¹¹ “*Bugün geçerli olan vicdani ispat sistemi, ceza muhakemesinin amacına en iyi hizmet eden sistemdir. Bir olayın ispatında her şey delil olabileceği gibi hâkim, ortaya onulmuş delilleri serbestçe değerlendirmesi sonucunda kanaatini oluşturacaktır*”. **Yıldız, Ali Kemal**, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2002, s.101.

elde edilmiş, somut oluşmazlıkla ilgili olan ve mahkeme huzurunda çelişmeli yargılama ilkesine uygun olarak tartışılmış olması gerekir¹². Hâkim, bu özellikleri taşıyan delilleri bir yapbozun parçaları gibi birleştirerek ortaya çıkan şekli, vicdani kanaatine göre değerlendirme takdir yetkisine sahiptir¹³ (CMK m. 217).

Ceza muhakemesinde delil elde etme yöntemlerinden biri de telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınmasıdır. Dolayısıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve kayda alınması, usulüne uygun yapıldığı sürece, bu yöntemle delil elde edilebilir ve elde edilen deliller ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında delil olarak kullanılabilir¹⁴. Ayrıca gerek doktrinde¹⁵ gerekse de Yargıtay kararlarında, suç işlenmeden veya suç işlendikten sonra telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması suretiyle elde edilen tapelerin **tümünün belirti niteliğinde delil olduğu kabul edilmektedir**¹⁶. Belirti delillerinin temel özelliği, kural olarak tek başına uyuşmazlıkları çözme ve maddi gerçeğe ulaşmada yeterli olmayıp, mutlaka maddi ve yeterli nitelikte başkaca delillerle desteklenmesi gereken tali nitelikte delil olmasıdır. Çünkü belirti delilleri, kural olarak dolaylı deliller olup, esas uyuşmazlığı doğrudan çözmek için genellikle yeterli kabul edilmezler¹⁷. Belirti delillerinin başka delillerle desteklenmesi kanuni bir zorunluluk olmayıp, maddi gerçeğe ulaşmak ve

¹² **Ünver, Yener – Hakeri, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku I. Cilt, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 82.

¹³ “Maddenin birinci fıkrasında yer almış ikinci temel ilke, hâkimin kararını, ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayalı vicdanî kanaatine dayandırabileceğidir” (CMK m. 217’nin madde gerekçesi).

¹⁴ **Öztürk ve Diğerleri**, s. 333; **Ünver-Hakeri**, s. 629-631; **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s. 1439, 1442.

¹⁵ **Kunter-Yenisey-Nuhoğlu**, s. 1439, 1442; **Centel-Zafer**, s. 419-420; **Şen, Ersan**, “Ceza Yargılama Süreci”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011 (97), s. 286.

¹⁶ “Mahkeme kararıyla, dinlemeye elverişli suçlardan dinlenen sanıkların yaptıkları telefon görüşmelerinden elde edilen bilgilere ilişkin maddi kanıtlarla desteklenmeyen **belirti kanıtların**, savunmalarının aksine cezalandırılmalarına yeterli, kesin ve inandırıcı olması ve ayrıca üzerlerinde ve evlerinde yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna da rastlanmaması karşısında, sanıklar hakkında beraat yerine mahkûmiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir”, Y8CD T. 12.5.2009, E. 2009/417, K. 2009/6705 (www.kazanci.com.tr, Erişim: 15.10.2014).

¹⁷ **Şen**, s. 286; **Centel-Zafer**, s. 261.

şüpheden sanık yararlanır ilkesinin zorunlu bir sonucu olarak doktrin ve Yargıtay içtihatlarından doğmuştur.

B) Tape ve Dökümlerin Mahkûmiyet Hükümüne Esas Oluşturması

Anayasa'nın 34/4, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/2 ve Mecelle'nin 8. maddesinde¹⁸ düzenlenmiş olan "suçsuzluk karinesi", suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar şüphelinin/sanığın suçsuz sayılmasını ve bu ilkeye göre şüpheli ve sanığa muamelede bulunulmasını ifade eden ceza yargılamasının olmazsa olmaz ilkelerinden biridir. Türk Ceza Hukukunda da kabul edilmiş olan bu ilke gereği, ceza muhakemesinde şüphelinin/sanığın masum olması kural, suçlu olması ise istisnadır. Sanığın suçlu olarak kabul edilebilmesi ise ancak bir ceza yargılamasının yapılmasına ve yargılama sonunda bir mahkûmiyet kararı verilmiş olması ile mümkündür.

Ceza muhakemesinde sanığın mahkûm edilebilmesi ise, iki koşullun bulunmasına bağlıdır. Bu koşullardan ilki, duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış hukuka uygun delillerin varlığıdır (CMK m. 217/1). Dolayısıyla bu koşul gereği, mahkemenin elinde delil bulunması, delillerin hukuka uygun olması¹⁹ (Any. m. 38/6) ve eldeki delillerin duruşmada tartışılmış olması gerekir. Bu konular çalışmamızın dışında kaldığı için daha fazla bilgi vermekten kaçınıyoruz.

İkinci koşul ise, hukuka uygun yollardan elde edilmiş ve duruşmada tartışılmış delillerin, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde sanığın iddia edilen suçu işlediği konusunda mahkemede kanaat oluşturmuş olmasıdır. Bu koşul, vicdani delil sistemi²⁰ ve şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanmasından doğmaktadır. Ceza muhakemesi hukukunun evrensel nitelikteki önemli ilkelerinden biri olan ve Latince "*in dubio pro reo*" olarak ifade edilen "*şüpheden sanık yararlanır ilkesi*", ulusal ve uluslararası mevzuatta açıkça düzenlenmemekle birlikte, ulusal ve uluslararası yargı

¹⁸ **Akgündüz, Ahmet**, Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 1. Bası, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayını, İstanbul, 2013, s. 56.

¹⁹ **Centel-Zafer**, s. 211.

²⁰ "*Vicdani delil sistemi, salt yalın vicdani kaniya dayalı bir inanç olmayıp, somut delil ve emareye dayalı gerçek hukuksal gerekçesi gösterilerek izah edilmiş bir sübut kanısı olarak anlaşılmalıdır*". **Yayla, Mehmet**, "Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi", Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s. 302.

organlarında ve doktrinde hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kabul edilen ve masumiyet (suçsuzluk) karinesinin zorunlu bir uzantısı olan bir ilkedir. Ceza muhakemesinin bu ilkesine göre, bir suç işlediği iddiasıyla yargılanan sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilebilmesi için, sanığın iddia edilen suçu işlediğinin yüzde yüz kesin olması ve bu kesinliğin somut delillerle ispatlanmış olması gerekir²¹. Aksi takdirde, sanığın iddia edilen suçu işleyip işlemediği yönünde duyulan yüzde birlik şüphe halinde dahi sanığın beraat etmesi gerekir²². Çünkü asıl olan, insan fitratına uygun olan ve şüpheden sanık yararlanır ilkesinin zorunlu gereği olarak, masum bir kimsenin cezalandırılmasındansa suç işlediği şüpheli olan bir kişinin serbest bırakılmasının üstün tutulmasıdır. “Nitekim ceza muhakemesinde jüri sisteminin uygulandığı Amerika Birleşik Devletleri’nde, jürinin tek görevi, yapılan yargılama sonunda sanığın suç işleyip işlemediğine karar vermektir. Yapılan bir yargılamada sanığın mahkûmiyetine karar verilebilmesi için 11 kişilik jürinin, tamamının oybirliğiyle sanığın iddia edilen suçu işlediğine kanaat getirmesi zorunludur. Aksi halde, jüri üyelerinden bir kişinin bile sanığın iddia edilen suçu işlediğine ikna olmaması halinde, ‘şüpheden sanık yararlanır ilkesi’ gereği sanığın beraatına karar verilmektedir”²³.

²¹ **Üzülmez, İlhan**, “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 58, 2005, s. 62.

²² “Ceza muhakemesinin amacı hiç bir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütünü olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, Ceza Yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkûmiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir. O halde, sanığın üzerine yüklenen suçtan cezalandırılmasına yeterli, kesin ve inandırıcı kanıtlar elde edilemediğine göre direnme kararının bozulmasına karar verilmelidir”. YCGK E. 1993/6-79, K. 1993/108, T. 19.4.1993, (www.kazanci.com.tr, Erişim: 15.10.2014).

²³ **Ünver-Hakeri**, s. 93; ABD’de Federal Yargı Merkezi tarafından yayınlanan jüri talimatında ceza yargılamasında yenilmesi gereken şüpheye ilişkin şu açıklama yapılmaktadır: “...Devletin, sanığın suçluluğunu “makul şüphenin ötesinde” ispatlama külfeti bulunmaktadır... Makul şüphenin ötesindeki şüphe öyle bir şüphedir ki sizi, sanığın suçluluğu konusunda açıkça ikna eder. Dünyada çok az şeyi mutlak kesinlikte biliriz ve ceza yargılamasında hukuk, ispat için tüm şüpheyi yenmenizi istemez. Eğer delil değerlendirmesine dayanarak sanığın suçluluğuna ikna olduysanız “suçludur” kararı vermeniz gerekir. Diğer yandan eğer sanığın suçlu olmadığına ilişkin gerçek bir şüphe var ise bu şüphe YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Masumiyet karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkelerinin kabul edildiği Türk ceza muhakemesinde de, ancak yapılan yargılama sonucunda sanığın suçu işlediğinin sabit olması halinde mahkûmiyet kararı verilebileceği kabul edilmiştir (CMK m. 223/5). Diğer bir ifadeyle, yapılan yargılama sonucunda sanığın iddia edilen suç fiillerini işlediğinin kesin olarak ispat edildiğine mahkeme kanaat getirmediği sürece, mahkûmiyet kararı verilemeyecektir. Mahkemenin, sanığın iddia edilen suç fiillerini işlediğine kanaat getirebilmesi için, duruşmaya getirilen ve tartışılan bütün delillerin sanığın, yüklenen suçu işlediğini hiçbir tereddüde ve kuşkuya yer bırakmayacak derecede açıkça ispat etmiş olması gerekir²⁴. Ceza muhakemesinde sanığın, yüklenen suçu işlediğine ilişkin mahkûmiyet kararı, “*basit veya güçlü ihtimallere ya da soyut iddia ve varsayımlara dayandırılmaz. Aksi halde, yüksek de olsa bir ihtimale veya şüpheye dayanılarak sanığı mahkûm etmek, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan maddi gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek olacağı gibi aynı zamanda şüpheden sanık yararlanır ilkesine de aykırılık oluşturacaktır*”²⁵.

Dolayısıyla iletişimin dinlemesine ilişkin tape ve dökümleri belirti delili olduğundan, kural olarak ceza muhakemesinde tek başına mahkûmiyete esas oluşturacak yeterli delil olarak kabul edilemez²⁶. Bu delillerin

heyi sanık yararına kullanmanız gerekli olup, suçlu değildir” kararı vermeniz gerekir...”.
Yayla, s. 306-307.

²⁴ **Roxin, Claus**, “*İspat Hukukunun Esasları*”, (Çev. Yener Ünver), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 8, 2005/2, s. 267; **Yıldız**, s. 103-104; **Balcı**, s. 168-169; **Yayla**, s. 303.

²⁵ YCGK E. 2010/8-134, K. 2010/217, T. 9.11.2010, (www.kazancı.com.tr, Erişim: 15.10.2014); YCGK E. 1993/6-79, K. 1993/108, T. 19.4.1993, (www.kazancı.com.tr, Erişim: 15.10.2014).

²⁶ **Şen**, s. 286-287; İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması tapelerinin ve tutanaklarının delil niteliğine ilişkin olarak CMUK’un 2001 tasarısının madde metninde “*iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması ile elde edilen kayıt ve saptamalar, yargılamada sanığın ikrarına ilişkin delil olarak değerlendirilemez” (m. 108/3) ifadesine yer verilmişken*”; madde gerekçesinde ise, “*ifade almada ve sorguda isnat açıklandıktan ve susma hakkı tanındıktan sonra, serbest irade ile yapılan açıklamalar delil niteliği kazandığı için, gizlice yapılan telefon ve benzeri dinlemelerde kişinin beyanda bulunması, ikrar delili değil, bir belirti delili olarak anlam kazanır. İkrar, suçun doğrudan doğruya ispatı açısından elverişli bir delil olduğu halde, emare delili dolaylı bir ispat gücüne sahiptir ve başka delillerle bütünleşmeden tek başına ispat bakımından yeterli olmaz*” ifadesine yer verilmiştir. **Ünver-Hakeri**, s. 629; **Kunter-Yenisey-Nuhoglu**, s. 1439.

mahkûmiyete esas oluşturabilmesi için, tüm şüpheleri ortadan kaldıracak nitelikte başka somut delillerle desteklenmesi gerekir. Çünkü bu kayıt ve dökümler maddi delil olamayıp, somut olayın tüm yönlerini (öncesi ve sonrası) değil, sadece olayın belirli bir kesiti ile sınırlı olarak iletişim halindeki kişilerin doğruluğu ve anlaşılabilirliği şüpheli açıklamalarını yansıttığından, kural olarak tek başına bir olayı tüm yönleriyle aydınlatma ve ispat etme gücüne sahip değildir²⁷.

Genel kural bu olmakla birlikte sözlü olarak, iletişim araçlarıyla işlenen ve başka delillerle desteklenmesi ve ispatlanması mümkün olmayan hakaret, tehdit, cinsel taciz, suça azmettirme gibi bazı istisnai suç tiplerinde başkaca delil bulunmasa dahi telefon dinleme kayıtlarının tek başına mahkûmiyete esas alınması mümkündür²⁸.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da iletişimin denetlenmesi kapsamında yapılan dinleme ve kayıtların ceza muhakemesindeki delil niteliğine ilişkin verdiği bir kararda, *“içeriği maddi bulgularla desteklenemediğinden bu suça katılımını gösterir kanıt niteliğinde sayılamayan cep telefonu görüşme kayıtları dışında, her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı kanıt elde edilemediği gözetilmeden, beraatı yerine yazılı biçimde mahkûmiyetine karar verilmesi”* nedeniyle hükmün bozulmasına karar vermiştir²⁹. *“5271 Sayılı CMK’nın 135. maddesi uyarınca alınan mahkeme kararı kapsamında yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri sonucu düzenlenen telefon dinleme kayıtlarına göre sanıklar N. S. ve M. S. ile sanık İ. Y. arasında mahiyeti*

²⁷ Ünver-Hakeri, s. 631.

²⁸ Ünver-Hakeri, s. 629-630.

²⁹ YCGK E. 2010/8-134, K. 2010/217, T. 9.11.2010 (www.kazanci.com.tr, Erişim: 15.10.2014); *“Sanığın diğer sanıkla yaptığı telefon görüşmesinde bahsedilen (uyuşturucu) maddelerin ele geçirilememesine ve sanığın (uyuşturucu madde yakalatan) diğer sanıkların suçlarına iştirak ettiğine veya yakalanan uyuşturucu maddelerle ilgisi olduğuna ilişkin (telefon dinleme kayıtları dışında başka somut) delil olmamasına rağmen, sırf sanığın diğer sanıklarla yaptığı telefon konuşma kayıtlarına dayanarak suça iştiraktan mahkûmiyet kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuş ve hükmü bozmuştur”*, Y10CD E. 2009/6831, K. 2010/1720, T. 1.2.2010 (www.kazanci.com.tr, Erişim: 15.10.2014); *“Sanığın diğer sanıkla yaptığı telefon görüşmesinde bahsedilen maddelerin ele geçirilememesi, diğer sanıkların suçlarına iştirak ettiğine veya yakalanan uyuşturucu maddelerle ilgisi olduğuna ilişkin delil olmaması karşısında, mahkûmiyetine karar verilmesi doğru değildir”*. Y10CD E. 2009/6831, K. 2010/1720, T. 1.2.2010 (www.kazanci.com.tr, Erişim: 15.10.2014).

şüpheli olan bir eşyanın satın alınması konusunda cep telefonu görüşmele-ri yapıldığı hususu tartışmasıdır. Yerel mahkeme direnme kararında sanık N. ile sanık İ. arasındaki şifreli konuşmaların net bir şekilde silah alımıyla ilgili olduğu, konuşmaların içerikleri, konuşmalarda geçen dönemde 27 adet tabancanın yakalanması ve sanık İ.'in satın aldığı silahlar karşılığın- da sanık N.'e ... TL parayı havale yoluyla göndermesinin de bu hususu doğruladığı gerekçeleriyle sanık İ.'in toplu silah ticareti suçundan ceza-landırılmasına karar verilmiş ise de, sanık İ.'in sanık N.'den satmak ama- cıyla silah satın aldığı konusunda içeriği kuşkulu olan ve 6136 Sayılı Ya- saya aykırılık suçlarının özelliğine uygun maddi kanıtlarla da desteklen- meyip, tek başına suçun nitelendirilmesine ilişkin yeterli bilgiyi içermeyen iletişim tespit tutanakları dışında delil elde edilememiş olup, ayrıca Ziraat Bankası, Oyak Bank ve Türkiye İş Bankası Cizre Şubeleri ile PTT Cizre Şubesinden gönderilen cevabi yazılara göre sanık İ. Y. tarafından sanık N. S.'a gönderilmiş herhangi bir para havalesinin bulunmadığı ger- çeği karşısında, yüklenen toplu silah ticareti suçunu işlediği konusunda her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı kanıt elde edilemeyen sanık İ. Y. hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğinin kabulü zorunludur³⁰.

Sonuç olarak hem doktrinde³¹ hem de Yargıtay³² ve Anayasa Mah- kemesi³³ tarafından verilen kararlarda, iletişimin denetlenmesi kapsamında

³⁰ YCGK E. 2010/8-134, K. 2010/217, T. 9.11.2010 (www.kazanci.com.tr, Erişim: 15.10.2014).

³¹ Öztürk ve Diğerleri, s.330; Ünver-Hakeri, s.630-631; Centel-Zafer, s. 212, 261; Kunter, Yenisey ve Nuhoglu'na göre, "hukuka uygun usullerle yapılan iletişimin dinlen- mesinde ve kayda alınmasında sanık suç ikrarında bulunsu dahi bu ikrar, ceza muhake- mesinde geçerli bir ikrar sayılmaz. Çünkü ikrarın geçeli olması için sanığa yapılan isnat- ların ve susma hakkının anlatılmış olması gerekir", Kunter-Yenisey-Nuhoglu, s. 1439; Şen'e göre, "CMK m.135 kapsamında iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen tüm kayıtlar, bu sırada yapılan ses tespitleri belirti delili sayılacaktır. Gerek tabii belirti ve gerekse suni belirti delilleri kuvvetli olmadıklarından ve tek başlarına dayanak olarak gösterildikleri iş ve işlemin varlığını kanıtlamadıklarından, tek başlarına delil olarak ispat güçleri bulunmamaktadır". Şen, s.286-287.

³² YCGK E. 2013/1289, K. 2013/84, T. 19.2.2013; YCGK E. 2010/8-134, K. 2010/217, T. 9.11.2010, Y8CD E. 2008/12115, K. 2008/95-13, T. 15.9.2008; Y10CD E. 2007/11806, K. 2007/12471, T. 2.11.2007; Y8CD T. 12.5.2009, E. 2009/417, K. 2009/6705.

³³ Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararda, "Ses kayıt bantlarının (tapelerin), başkaca inandırıcı ve pekiştirici kanıtlar bulunmadıkça, mahkeme tarafından göz önünde tutulabi- YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

yapılan telefon dinleme kayıtlarının istisnai bazı suçlar dışında ceza muhakemesinde belirti delili olarak kullanılabilceği, fakat dinleme kayıtlarının suç ikrarı içerse dahi tek başına ceza mahkûmiyetine esas oluşturamayacağı, ancak telefon dinleme kayıtlarının somut ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde maddi başkaca delillerle desteklenmesi halinde mahkûmiyete esas oluşturabileceği artık Türk Ceza Hukukunda hem bilimsel hem de yargısal içtihat olarak kabul edilmekte ve uygulanmaktadır.

V. SONUÇ

Türk hukukunda, ceza muhakemesinin amacı şüpheli ve sanığın haklarını ihlal etmeden maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu amaç doğrultusunda kabul edilen delil serbestisi ve vicdani delil sistemi gereği, şüpheli ve sanığın haklarını ihlal etmeden elde edilen her delil, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilir.

Mahkemenin bir delili mahkûmiyete esas alabilmesi için, delilin uyumsuzlukla ilgili olması ve mahkeme huzurunda tartışılmış olması gerekir. Ayrıca maddi gerçeğe ulaşmak için masumiyet karinesi ve bu karinenin sonucu olan şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, mahkûmiyet hükmüne esas alınacak delillerin, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde sanığın iddia edilen suçu işlediği konusunda mahkemede kanaat oluşturmuş olması da gerekir. Diğer bir ifadeyle mahkûmiyet hükmünün, basit veya güçlü ihtimallere ya da soyut iddia ve varsayımlara değil, her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delillere dayandırılması gerekir.

Ceza muhakemesi hukukunda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması bir delil elde etme yöntemi olarak kabul edildiğinden, bu yöntemle hukuka uygun olarak elde edilen dinleme kayıtlarının delil olarak kullanılması ve hükme esas alınması mümkündür. Fakat telefon dinleme kayıtları belirti niteliğinde delil olduğundan ve belirti delillerinin de kural olarak tek başına ispat gücüne sahip olmaması nedeniyle, dinleme kayıtlarının ceza muhakemesinde tek başına mahkûmiyete esas oluşturması mümkün değildir. Bu nedenle, iletişimin denetlenmesi

lecek ciddiyette delil kabul edilmesinin hukuk devletinde düşünülmemeyeceğini” ifade etmiştir. Any. M. E. 1971/41, K. 1971/67, T. 17.08.1971, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 11, 1974, s. 52. Bu kararın eleştirisi için bkz. Selami Durak, Bant Kayıtlarının İspat Gücü, (İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1998, s. 152-153.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

kapsamında yapılan telefon dinleme kayıtlarının istisnai bazı suçlar dışında ceza muhakemesinde belirti delili olarak kullanılabilceği, fakat dinleme kayıtlarının suç ikrarı içerse dahi tek başına ceza mahkûmiyetine esas oluşturamayacağı ancak dinleme kayıtlarının somut ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde maddi başkaca delillerle desteklenmesi halinde mahkûmiyete esas oluşturabileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akgündüz, Ahmet, Karşılaştırmalı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 1. Bası, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayını, İstanbul, 2013.

Yıldız, Ali Kemal, Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi, (İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi), 2002.

Öztürk, Bahri ve Diğerleri, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013.

Öztürk, Cemal, “*Delillerde Farklı Bir Sınıflandırma Anlayışı*”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 2, Ekim 2006.

Roxin, Claus, “*İspat Hukukunun Esasları*”, (Çev. Yener Ünver), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 8, 2005/2.

Şahin, Cumhuri, “*Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi –Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme-*”, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokyumu, Atatürk Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayını, Erzurum, 8 Ekim 2010.

Soyaslan, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.

Şen, Ersan, “*Ceza Yargılama Süreci*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011 (97).

Uzunkaya, Esra, “*Yargı Kararları Işığında Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Sistemi ve Değeri*”, (<http://www.insanihakuk.com/makale/yargi-kararlari-isiginda-turk-ceza-yargilamasi-hukukunda-delil-sistemi-ve-degeri/>, Erişim: 12.12. 2014).

Yenisey, Feridun-Altunç, Sinan, “*İletişimin Denetlenmesi Hakkında*”, www.hukukturk.com, Erişim: 22.10.2014.

Hendek, Hasan, Türk Ceza Hukuku Açısından Telekomünikasyon Yolu İle Yapılan İletişimin Denetlenmesi, (Kırıkkale Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2008.

Üzülmez, İlhan, “*Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 58, 2005.

Gülsoy, Mehmet Tevfik, “*Haberleşme Hürriyetinin Anayasal Çerçevesi*”, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokyumunu, Atatürk Üniversitesi Hukuku Fakültesi Yayını, Erzurum, 8 Ekim 2010.

Yayla, Mehmet, “*Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi*”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3.

Balci, Murat, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

TAŞKIN, Mustafa, Adli ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, 1. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.

Centel, Nur – Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Kunter, Nurullah – Yenisey, Feridun - Nuhoglu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2010.

Durak, Selami, Bant Kayıtlarının İspat Gücü, (İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1998.

Kocaoğlu, Serhat Sinan, “*Üst ve Büro Araması, Postada Elkoyma, İletişimin Denetlenmesi Gibi Çeşitli Koruma Tedbirlerinin Pasif Öznesi Olarak Kurum ve Uygulamada Avukatın Bağımsızlığı*”, Ankara Barosu Dergisi, 2012/1.

Ünver, Yener - Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku I. Cilt, 8. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

ÇOĞULCU DEMOKRASİ KAVRAMINA FARKLI BİR YAKLAŞIM: ÇOK BOYUTLU DEMOKRASİ KURAMI VE SORUNLU DEMOKRASİLER

(A DIFFERENT APPROACH TO THE CONCEPT OF PLURALIST DEMOCRACY: THE
CONCEPT OF EMBEDDED AND DEFECTIVE DEMOCRACIES)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Tevfik Sönmez KÜÇÜK*

ÖZET

Günümüzde çoğulculuğu ve partiler arası rekabeti sınırlı düzeyde tanıyan, ancak, aynı zamanda da temel demokratik normları ciddi ve sistematik bir biçimde ihlal eden siyasal rejimlerin sayısının azımsanmayacak ölçüde olduğu ifade edilmelidir. Ne çoğulcu demokrasinin unsurlarını tümüyle bünyesinde taşıyan ne de tam anlamıyla otoriter olan bu siyasal rejimlerin tespit edilmesi amacıyla çoğulcu demokrasi kavramına farklı bir açıdan yaklaşılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. İşte, bu çerçevede, söz konusu çalışmada, öncelikle çok boyutlu demokrasi kuramı açıklanacak, daha sonra, “*gri alanda*” kalan sorunlu demokrasiler, demokratik ve otoriter rejimler perspektifinden mercek altına alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Çoğulcu demokrasi, çok boyutlu demokrasi kuramı, sorunlu demokrasiler.

ABSTRACT

It should be stated that, at the present day, the number of political regimes, which recognize competition between political parties, yet at the same time violate fundamental democratic rules in a serious and systematic way, is not to be underestimated. In order to identify these political regimes, which neither embody all the elements of pluralist democracy, nor

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: sonmezk83@hotmail.com

are completely authoritarian, it is unavoidable to approach pluralist democracy through a different point of view. Therefore in this context, the paper will first explain the concept of embedded democracy. Then, defective democracies that remain in the “gray area” will be scrutinized through the perspective of both democratic and authoritarian regime.

Keywords: *Pluralist democracy, the concept of embedded democracy, defective democracies.*

I) Giriş

Birçok ilke ve kurumu bünyesinde barındıran demokrasi kavramı, geçmişte çok öncelere dayanan bir mücadelenin ürünüdür. Demokrasi adına verilen bu çabanın ivmeli olarak artan bir çizgi şeklinde değil, inişli çıkışlı bir seyir izlediğini ifade etmek gerekir. Başka bir anlatım ile siyasal sistemlerin demokratik esaslara bağlılığı bazen artmış, bazen ise azalmıştır¹. Ayrıca, bu bağlılığın her zaman aynı oranda olmadığı ifade edilmelidir. Şöyle ki; örneğin, bir siyasal rejimde, seçimler, demokratik esaslara uygun olarak

¹ Amerikan siyaset bilimci **Huntington**'a göre, demokratikleşme dalgaları olarak ifade edilebilecek olan modern demokrasinin bu serüveni genel hatları ile şu şekilde özetlenebilir: Birinci demokratikleşme dalgasının kökeni, Amerikan ve Fransız devrimlerine dayanır. Bu süreçte siyasal rejimlerin demokratikliğinin tespitinde iki kriter kullanılabilir: Yetişkin erkek nüfusunun yarısının bir fazlasının oy hakkına sahip olması ya da seçimle oluşmuş parlamentonun içinden çıkan ve onun güvenine dayanan hükümet veya halk tarafından makul aralıklarla seçilen yürütme organı. Bu kriterlerin nispeten gevşek bir biçimde uygulanması durumunda ilk demokratikleşme dalgasının 1828'de ABD'de başladığı söylenebilir. Yaklaşık bir asır süren bu ilk dalga, Mussolini'nin iktidara gelmesiyle birlikte sona ermiş; faşist, militarist ve komünist ideolojilerin etkisiyle demokrasi aleyhine ikinci ters dalga başlamıştır. Bu dalganın sona ermesi ve demokrasinin tekrardan yükselişe geçmesi için II. Dünya Savaşı'nın müttefikler lehine sonuçlanmasını beklemek gerekir. Ne var ki, bu süreç de uzun sürmemiş ve 1958–1975 yılları arasında ikinci bir kısa süreli ters dalga yaşanması ile sonlanmıştır. Demokrasiden küresel düzeyde uzaklaşmak, 1974 yılında Portekiz'de diktatörlük rejiminin yıkılması; Avrupa, Asya ve Latin Amerika'daki yaklaşık otuz ülkede demokratik rejimlerin otoriter rejimlerin yerini alması, otoriter rejimlerde görünen liberalleşme hareketleri ve demokrasiyi savunan görüşlerin evrensel düzeyde meşruiyetini artırması ile sona ermiş ve üçüncü demokratikleşme dalgası başlamıştır. Samuel P. Huntington, **Üçüncü Dalga (Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma)**, (Çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yay., Ankara, 1996, s. 14–18. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

gerçekleştiriliyorken, yargı bağımsızlığına ya da ifade özgürlüğüne ilişkin sorunların yaşanması mümkündür.

Bu durumda ortaya şu sorular atılabilir: Bir siyasal rejim, demokrasinin asgari şartlarının bir ya da birkaçını sağlamasa bile, yine de demokratik olarak nitelendirilecek midir? Veya demokratik rejimlerle otoriter rejimler arasında bulunan çoğulcu demokrasinin unsurlarını tam olarak sağlamayan “*sorunlu demokrasiler*” var mıdır? Şayet varsa, söz konusu rejimleri tespit etmek için hangi hukuki kriterlere başvurmak gerekir? İşte tüm bu sorular, çoğulcu demokrasi kavramına farklı bir açıdan yaklaşılmasını şart kılar. Bu bağlamda ise, “*çok boyutlu demokrasi (mehrdimensionale Demokratie)*” olarak adlandırılan kavram ortaya çıkar. Öğretide, **Dahl**, bir siyasal rejimin demokratik olması (poliarşi) için bazı koşulların mutlaka yerine getirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu şartlar; seçimle belirlenmiş temsilciler, özgür, adil ve makul aralıklarla yapılan seçimler, ifade özgürlüğünün, kişilerin alternatif bilgi kaynaklarına ulaşım haklarının, kurumsal özerkliğin tanınması ve karar alma sürecine yurttaşların dâhil edilmesidir². Bu çerçevede, Alman siyaset bilimci **Merkel** ise, **Dahl** tarafından yapılan bu sınıflandırmayı eleştirmekte ve şu görüşü öne sürmektedir: Poliarşi kavramı, demokrasiyi, yalnızca siyasal makamların meşruiyeti ve dikey boyutu ile ele almaktadır. Oysa çağdaş demokrasilerin iki boyutu daha vardır: Siyasal gündemin kontrolü (çapraz boyut) ve anayasal hukuk devleti boyutu (yatay boyut)³. Görüldüğü gibi, **Merkel**, aslında poliarşinin, çoğulcu demokrasiyi ideolojik boyutla sınırlandırmasını eleştirmekte ve ideolojik çoğulculuğu, dikey boyut olarak nitelendirmekte; kurumsal çoğulculuğa yatay boyut demektedir. Nihayet, üçüncü boyut, yani siyasal gündemin kontrolü ise, fiilen ve hukuken karar alma yetkisinin demokratik yöntemlerle seçilmiş olan temsilcilere ait olması gerektiği anlamına gelen çapraz boyuttur. Böylece, yazar, demokrasiyi poliarşinin kabul ettiği tek boyut (dikey boyut) olan ideolojik çoğulculuktan kurtardığını ve üç boyuta (dikey–yatay–çapraz boyut) taşıdığını ifade etmektedir.

² Bu konuda bkz. Robert A. Dahl, **Demokrasi Üzerine**, (Çev. Betül Kadioğlu), Phonix Yay., 2. Baskı, Ankara, Ekim 2010, s. 99.

³ Bu konuda bkz. Aurel Croissant / Peter Thiery, “Von defekten und anderen Demokratien”, **Welt Trends**, Nr. 29, Winter 2000/2001, s. 20.

Böyle bir sınıflandırma yapmanın önemi ise büyüktür. Zira demokratikleşme yolunda yaşanan üçüncü dalgadan sonra⁴ belirli aralıklarla seçimlerini gerçekleştirilen, çoğulculuğu ve partiler arası rekabeti sınırlı düzeyde tanıyan, ancak, aynı zamanda temel demokratik normları ciddi ve sistematik bir şekilde ihlal eden siyasal rejimlerin sayısı azımsanmayacak ölçüdedir⁵. Gerçekten, üçüncü demokratikleşme dalgasının başladığı döneme denk gelen 1970’li yılların ortalarından 1996 yılına kadar, yaklaşık olarak 89 otoriter rejimin, demokrasiye dönüş yaptığı ve fakat yapılan araştırmalar sonucunda söz konusu siyasal rejimlerin çoğulcu demokrasilerin tüm unsurlarını kural olarak bünyesinde taşımadıkları tespit edilmiştir⁶. Demokratik rejimlerin beyaz, otoriter rejimlerin, siyah alanda yer aldığı kabul edilirse, günümüz siyasal rejimlerinin önemli bir kısmının “*gri alanda*” konumlandığı söylenebilir⁷. Böylelikle, ne çoğulcu demokrasinin unsurlarını tümüyle bünyesinde barındıran ne de tam olarak otoriter olan bu rejimlerin belirlenmesi için yeni bir sınıflandırma yapmak gerekir. Söz konusu çalışmada, öncelikle çok boyutlu demokrasi kavramı açıklanacak, daha sonra “*gri alanda kalan sorunlu rejimler*” demokratik ve otoriter rejimler perspektifinden ayrı ayrı mercek altına alınacaktır.

II. Çok Boyutlu Demokrasi Kuramı

Çok boyutlu demokrasi kuramı, demokrasiyi birbirinin içine geçmiş (embedded) ve her biri için ayrı kriterlerin geçerli olduğu kısmi rejimler (Teilregime) toplamı olarak görmektedir. Kısmi rejim ifadesinden kast edilen ise aslında demokrasinin şartlarından başkası değildir. Bu kısmi rejimleri ve ölçütlerini şu şekilde sıralamak mümkündür⁸: **(A) Demokratik Seçim**

⁴“Üçüncü demokratikleşme dalgası” kavramı ile ilgili olarak bkz. dipnot 1.

⁵ Andreas Schelder, “The Menu of Manipulation”, **Journal of Democracy**, Volume 13, Number 2, April 2002, s. 36.

⁶ Wolfgang Merkel / Aurel Croissant, “Formale und informale Institutionen in defekten Demokratien”, **Politische Vierteljahrschrift**, Heft 1, 41. Jg. (2000), s. 4.

⁷ Bu noktada Türk hukuk öğretisinde **Özbudun**, “*gri alanda kalan sorunlu rejimler*” ile ilgili olarak aynen şöyle demektedir: “... [G]eçmişte totaliter rejimlerle otoriter rejimler arasındaki sınırın pek açık olmamasına, demokratik rejimlerle demokratik olmayan rejimler arasındaki sınırın ise nispeten daha belirgin olmasına karşılık, bugün bunun tersi doğrudur.”. Ergun Özbudun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, Nisan 2011, s. 39.

⁸ Wolfgang Merkel, “Die “eingebette” Demokratie”, **WZB-Mitteilungen**, Heft 106, Dezember 2004, s. 7 vd.; Aurel Croissant / Peter Thiery, “**Von defekten und anderen** YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Rejimi: Seçme ve seçilme hakkı, hür ve adil seçimler ve seçilmiş temsilciler. **(B) Siyasal Katılım Hakları Rejimi:** İfade, basın, alternatif bilgi kaynaklarına ulaşım ve örgütlenme özgürlüğü. **(C) Siyasal İktidarın Gücünü Etkin Kullanması Rejimi:** Etkin hükümet gücü, yani fiilen ve hukuken belirli alanlardaki son kararları alma gücünün demokratik meşruiyeti olmayan kurumlara değil, seçilmiş temsilcilere ait olması. **(D) Yatay Güç Kontrolü (Siyasal İktidarın Denetimi) Rejimi:** Erkekler ayrılığı. **(E) Temel Haklar Rejimi:** Devlete ve özel aktörlere karşı bireysel korunma ile mahkemelere eşit ulaşım hakkı ve kanun önünde eşitlik.

Kısmi rejimler ile demokrasi arasındaki bağlantı şu şekilde açıklanabilir: Kısmi rejimler iç içe geçmiştir ve birbirlerini destekler. Eğer siyasal rejim, bu şekilde çalışmaktaysa işlevsel bir demokrasiden bahsedilir⁹. Kısmi rejimler arasındaki ilişki ise şöyledir: Bir kısmi rejim, başka bir kısmi rejimin sağlıklı işlemesi için destekleyici bir rol üstlenir. Örneğin, siyasal katılım hakları ve temel haklar, demokratik seçim rejimi açısından vazgeçilmezdir. Kısmi rejimlerin herhangi birinde aksaklık oluşması durumunda (örn. siyasal katılım haklarında yaşanan bir sorun), siyasal rejim, yani demokrasi, “arızalı” hale gelir. Başka bir anlatım ile kısmi rejimlerin birinde yaşanan sorun, diğer kısmi rejimleri olumsuz etkilemekle kalmaz ve ayrıca, siyasal rejimin bütününde aksaklılığa neden olur¹⁰.

Kısmi rejimlerin birbirleriyle olan etkileşimi kadar dış ortamla olan ilişkisi de önemlidir. Zira demokratik rejimlerin buldukları çevreden ayrı olarak düşünülmesi mümkün değildir. Böylece, çevresel koşullar, siyasal rejimi, yani demokrasiyi dolaylı da olsa etkiler. Ancak, sosyo ekonomik koşullar, sivil toplum ve uluslararası entegrasyon olarak sayılabilecek bu çevresel şartların siyasal rejimin demokratikliğinde zorunlu bir unsur oluşturmadığı, bu şartların, sadece demokrasinin kalitesini bozduğu

Demokratien”, s. 22; Matthijs Bogards, “How to classify hybrid regimes? Defective democracy and electoral authoritarianism”, **Democratization**, Vol. 16, No. 2, April 2009, s. 403; bu konuda detaylı bir inceleme için ayrıca bkz. Osman Nuri Özalp, “Türkiye Demokrasilerinin Neresinde? Demokrasi Tiplemeleri Işığında Türkiye Örneğine Yeni Bir Bakış Denemesi”, **İÜHFMD**, C. LXVI, S. 2, 2008, s. 132 vd.

⁹ Osman Nuri Özalp, “Türkiye Demokrasilerinin Neresinde? Demokrasi Tiplemeleri Işığında Türkiye Örneğine Yeni Bir Bakış Denemesi”, s. 138–139.

¹⁰ Bu yönde bkz. Wolfgang Merkel, “Embedded and Defective Democracies”, **Democratization**, Vol. 11, No. 5, December 2004, s. 43.

veya yükselttiği ifade edilmelidir¹¹. Her ne kadar, doğrudan bir önerme yapmak her zaman doğru olmasa da, bir ülkenin iktisadi gelişmişlik düzeyi ile demokrasi arasında bir bağlantı olduğu bilinmektedir. Gerçi bu durumu, demokrasinin olmazsa olmaz bir ön koşulu görmek doğru değildir. Fakat iktisadi açıdan gelişmiş bir ülkede, demokratik kuralların daha rahat uygulanabileceği gerçeği de inkâr edilemez. Nitekim özellikle ulusal düzeyde gelir dağılımında adaleti yakalamış bir ülkede bu husus kendisini daha açık bir şekilde gösterir. Çünkü demokrasinin en temel şartlarından biri olan siyasal katılım, doğrudan doğruya kişilerin refah düzeyi ile bağlantılıdır. Devletlerin bölgesel, ekonomik ve siyasal düzeyde demokratik örgütlere üye olması da, demokrasinin kalitesini yükseltici bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır¹². Nihayet, her toplumun kendine özgü sosyal ve siyasal kültürü de, siyasal rejimin demokratikliğini etkilemektedir¹³.

Kısacası, **Merkel**, demokrasiyi bir kısmi rejimler bütünü olarak algılamaktadır. Yazar, yukarıda ifade edilen beş şartın alt kriterlerini de tespit etmiş ve bunların birbirleri ve çevresel koşullarla etkileşim içinde olduğunu belirterek, demokrasiyi 3 temel boyut üzerine inşa etmiştir. Bu boyutları şu şekilde ifade etmek mümkündür: Birinci boyut, demokrasinin dikey boyutudur. Dikey boyuttan anlaşılması gereken, iktidarın meşruiyeti ve denetimi, diğer bir ifade ile **(A) Demokratik Seçim** ile **(B) Siyasal Katılım Hakları**, yani ilk iki kısmi rejimdir. Çapraz boyut, gündemin siyasal kontrolü olarak ifade edilebilir ve üçüncü kısmi rejim, yani **(C) Siyasi İktidarın Gücünü Etkin Kullanmasıdır**. Nihayet, üçüncü boyut, demokrasinin yatay boyutudur. Yatay boyut, anayasal liberal hukuk devleti anlamına gelmekte ve son iki rejime, **(D) Yatay Güç Kontrolüne (İktidarın Denetimi)** ve **(E) Temel Haklara** tekabül etmektedir.

¹¹ Bu konuda bkz. **Ibid.**, s. 44; Wolfgang Merkel, “Eingebette und defekte Demokratien: Theorie und Empire”, in Claus Hoffe (Hrsg.), **Demokratisierung der Demokratie – Diagnosen und Reformvorschläge**–, Campus Verlag, Frankfurt, 2003, s. 57.

¹² Wolfgang Merkel, “Eingebette und defekte Demokratien: Theorie und Empire”, s. 57–62.

¹³ Bu konuda ayrıca bkz. Wolfgang Merkel / Aurel Croissant, “**Formale und informale Institutionen in defekten Demokratien**”, s. 23.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

III. Çok Boyutlu Demokrasiden Sapmalar: Sorunlu Demokrasiler

1. Genel Olarak

Birçok açıdan otoriter kimlikleri tartışılmayacak kadar açık olan bazı rejimler, çoğulcu demokrasinin gereklerinin bir veyahut birkaçını kısmen yerine getirerek, hiç değilse görünüşte demokratik olmaya çalışırlar. "... [Zira] [e]lverişli milletlerarası iklim, büyük Batılı devletlerin demokratikleşme çabalarına aktif çaba vermeleri, milletlerarası saygınlık kazanma arzusu ve sosyo ekonomik gelişmeye paralel olarak güçlenen iç talepler, eski tipte otoriter rejimlerin sürdürülmesini zorlaştırmıştır¹⁴...". Böylece, siyasal iktidarlarına çoğunlukla seçimlere ilişkin demokratik ilkelere kısmen uyararak, bir nebze de olsa meşruiyet katmak adına çoğulcu demokrasilerin kurumlarını taklit etme yoluna giden bu siyasal rejimlerin uygulamaları en çok demokrasinin odağında yer alan hak ve özgürlükler üzerinde etkisini gösterir. Bu tür ne demokratik ne de otoriter rejim olarak sınıflandırılabilir olan siyasal rejimlerin hak ve özgürlükler aleyhine yaptığı müdahalelerde sığındığı liman, demokrasiden başkası değildir. Diğer bir ifade ile hareket noktaları esas itibarıyla demokrasi kavramı olan bu rejimlerin otoriter rejimlerden daha az ölçüde demokrasiye zarar verdiğini söylemek zordur.

Ancak, günümüzde sayıları görmezden gelinmeyecek kadar çok olan "gri alanda" yer alan bu tür siyasal rejimlerin nitelendirilmesinde dahi öğretilerde bir fikir birliğinin bulunmadığını belirtmek gerekir. Gerçekten, "çok boyutlu demokrasi kuramını" ortaya atan **Merkel**, bu tür siyasal rejimler için "arızalı demokrasi (defekte Demokratie)" kavramını kullanmaktayken¹⁵, öğretilerde ağırlıklı olarak tercih edilen, **Schelder** tarafından ilk kez ortaya atılan ve bu rejimlerin demokratik olmadığını özellikle vurgulamak gayesiyle "seçimsel otoriter rejimler" ibaresi de kullanılır. Kural olarak bu farklılığın nedeni, arada kalan bu siyasal rejimlere, hangi açıdan (demokratik veya otoriter rejim) yaklaşıldığıyla ilgilidir. Örneğin, "arızalı demokrasi" terimi, "gri alandaki rejimleri" demokrasi üzerinden açıklamaya çalışmaktayken, "seçimsel otoriter rejim" kavramı, otoriter rejimleri

¹⁴ Ergun Özbudun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, s. 46.

¹⁵ Bkz. Wolfgang Merkel / Aurel Croissant, "Formale und informale Institutionen in defekten Demokratien", s. 3–30; ayrıca bkz. Aurel Croissant / Peter Thiery, "Von defekten und anderen Demokratien", s. 23.

esas almaktadır¹⁶. Bu yaklaşım farklılığı, kavramların içeriğinin de farklı olmasına yol açar. Nitekim öğretide bir yazar, aynı siyasi rejimi otoriter rejimin bir modeli olarak görürken, diğer bir yazar, bunu demokrasinin bozulmuş bir tipi olarak kabul etmektedir¹⁷. Hal böyle olunca, öğretide yapılan farklı sınıflandırmaların aktarılmasında fayda vardır. Bu nedenle, bu çalışma kapsamında, “*gri alandaki rejimler*”, hem demokratik hem de otoriter rejimler açısından ayrı ayrı incelenecek ve bu iki farklı yaklaşımın kesiştiği ve ayrıldığı noktalar tespit edilerek, bu “*sisli alanın*” sınırları çizilmeye çalışılacaktır.

2. Sorunlu Demokrasilerin Sınıflandırılması

(a) Demokrasi Perspektifinden: Arızalı Demokrasiler

“*Arızalı demokrasi (defekte Demokratie)*”, çok boyutlu demokrasi kuramında açıklanan kısmi rejimlerin bir veya birkaçının ihlal edilmesi durumunda ortaya çıkar. “*Arızalı*” kavramının kullanılması, ideal demokrasinin var olduğu anlamına gelmemektedir. Diğer bir anlatım ile “*arızalı demokrasi*” kavramının karşıtı, “*ideal veya mükemmel demokrasi*” değil, çok boyutlu¹⁸ demokrasidir. Arızalı demokrasilerde, bir takım temel demokratik normlara uyulduğu ifade edilmelidir. Dolayısıyla, arızalı demokrasiler de birer demokrasidir, ancak çok boyutlu demokrasinin kurumlarında yaşanan sorunlar, bu demokrasileri işlevsiz kılar¹⁹.

¹⁶ Bu konuda bkz. Matthijs Bogards, “**How to classify hybrid regimes? Defective democracy and electoral authoritarianism**”, s. 400.

¹⁷ Örneğin, **Merkel**, demokratik seçim kısmi rejimine ilişkin ölçütlerden birinin ihlal edilmesi halinde bu siyasal rejimin “*dışlayıcı demokrasi*” olacağını belirtmektedir. Bkz. Aurel Croissant / Peter Thiery, “**Von defekten und anderen Demokratien**”, s. 28; Jörn Knobloch, **Defekte Demokratie oder keine?: Das Politische System Russlands**, LIT Verlag, Münster, 2002, s. 11. Ancak, “*gri alandaki rejimlere*”, otoriter rejimler perspektifinden yaklaşan **Schelder**, bu rejimi, “*seçimsel otoriter rejim*” olarak nitelendirmektedir. Andreas Schelder, “The Logic of Electoral Authoritarianism”, in Andreas Schelder (Ed.), **Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition**, Lynne Rienner Publishers, Boulder and London, 2006, par. 177–182, s. 5.

¹⁸ Aurel Croissant, “Delegative Demokratie und Präsidentialismus in Südkorea und auf den Philippinen”, **Welt Trends**, Nr. 29, Winter 2000/2001, s. 117, dipnot 1; aynı yönde ayrıca bkz. Aurel Croissant / Peter Thiery, “**Von defekten und anderen Demokratien**”, s. 23; Wolfgang Merkel / Aurel Croissant, “**Formale und informale Institutionen in defekten Demokratien**”, s. 8.

¹⁹ Aurel Croissant / Peter Thiery, “**Von defekten und anderen Demokratien**”, s. 23. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

Arızalı demokrasi türlerini incelemeden evvel şu hususların ifade edilmesi gerekir: Bir kere, kendilerini demokratik olarak tasvir eden pek çok siyasal rejimin, aslında bir arızalı demokrasi olduğu unutulmamalıdır. Böylelikle, siyasal rejimlerin bu konudaki nitelendirmeleri pek önemli değildir²⁰. Arızalı demokrasilerin, çoğulcu demokrasi için mutlaka bir geçiş evresi oluşturmadığı da belirtilmelidir. Fakat buradan ters anlamda, yani arızalı demokrasilerin mutlaka otoriter rejimlere dönüştüğü şeklinde bir çıkarım da yapılamaz. Gerçekten de, arızalı demokrasi olarak nitelendirilen siyasal rejimlerin genellikle aksaklığı kolayca aşamadığı ve arızalı demokrasileri türleri arasında geçiş yaptığı da görülmektedir²¹.

Bu açıklamalar kapsamında ihlal ettiği kısmi rejim(ler)e göre dört farklı arızalı demokrasi türü kabul edilmektedir. Bu arızalı demokrasi türlerinden ilkinin, dışlayıcı demokrasi (exklusive Demokratie) oluşturmaktadır. Bu demokrasi modeli seçim veya siyasal katılım haklarına ilişkin kısmi rejimde (dikey boyut) bir sorun yaşandığında söz konusu olur. Şöyle ki; örneğin, bir siyasal rejimde, yurttaşların belli bir çoğunluğunu cinsiyet, ırk veya dünya görüşü gibi nedenlerle oy hakkından mahrum bırakan kanuni düzenlemeler varsa veya seçimler yapılırken temel demokratik esaslara (örn. özgür ve adil seçimler) uyulmuyorsa bu siyasal rejim dışlayıcı demokrasi olarak isimlendirilir²². Görüldüğü üzere, bu arızalı demokrasi türünde, yurttaşların önemli bir kısmı, siyasal karar alma süreçlerinden dışlanmakta ve bu sebeple, söz konusu demokrasi modeli dışlayıcı demokrasi olarak adlandırılmaktadır.

Bir diğer arızalı demokrasi türü ise vesayetçi demokrasidir (Enklavendemokratie). Bu demokrasi modeli, siyasal gündemin kontrolü olarak açıklanan etkin hükümet gücüne (çapraz boyut) ilişkin kısmi rejimin ihlal edilmesi halinde ortaya çıkar. Yukarıda belirtildiği gibi, etkin hükümet gücü, fiilen ve hukuken karar alma yetkisinin demokratik yollarla seçilmiş

²⁰ Matthijs Bogards, “How to classify hybrid regimes? Defective democracy and electoral authoritarianism”, s. 404–405.

²¹ Özbudun, “gri alandaki rejimler” hakkında benzer görüşü savunur: “... Bu ülkeler [gri bölgedeki], demokratik rejimlere yaklaşacak iyileşmeler kaydedebilecekleri gibi, tam aksi yönde daha sıkı bir otoriterizme yönelmeleri de mümkündür.”. Ergun Özbudun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, s. 48.

²² Aurel Croissant / Peter Thiery, “Von defekten und anderen Demokratien”, s. 28; benzer yönde ayrıca bkz. Jörn Knobloch, **Defekte Demokratie oder keine?: Das Politische System Russlands**, s. 11.

olan temsilcilere ait olması anlamına gelir. Bu nedenle, demokratik meşruiyeti bulunmayan ordunun ve diğer etkin aktörlerin siyasal konularla ilgili olarak son karar alma yetkisine sahip olmaması gerekir. Eğer, ordu, gerilla, milis veya uluslararası şirketlerin belirli meselelerde (örn. iç ve dış politika, hukuk vb.) demokratik yollarla seçilmiş temsilcilerin kararlarını “*veto etme yetkisi*” bulunuyorsa, bu siyasal rejim, vesayetçi demokrasi olarak adlandırılır. Bu karar alma yetkisinin, özellikle ordu tarafından hukuk dışı yollardan elde edilmesi mümkün olduğu gibi, bizzat anayasa tarafından da tanınmış olabileceğinin altı önemle çizilmelidir²³.

Arızalı demokrasilerin diğer bir modeli, illiberal demokrasidir (illiberal Demokratie). Çok boyutlu demokrasilerde, demokratik yollarla seçilmiş temsilciler hukuk normlarıyla bağlı iken, illiberal demokratik rejimlerde, yürütmenin ve yasamanın işlemlerine karşı yargısal denetim yolları etkisiz olduğu gibi, kişilerin hak ve özgürlükleri ya ciddi biçimde ihlal edilmekte ya da tam olarak güvence altına alınmamaktadır²⁴. Diğer bir anlatımla bu demokrasi modelinde, çok boyutlu demokrasinin iktidarın denetimi olarak adlandırılan kuvvetler ayrılığı ve temel haklar kısmi rejiminde (yatay boyut) aksaklık yaşanır. Kuvvetler ayrılığı, özellikle parlamenter rejimlerin işleyişi bakımından zorunlu bir koşul olan parti disipliniyle anlam değişikliğine uğramıştır. Gerçekten, kuvvetler ayrılığı, **Montesquie**'nin savunduğu gibi, artık devletin üç temel erkinin farklı ellerde toplanması ve birbirini sınırlaması yoluyla değil, siyasal alanda iktidar-muhalefet ayrılığı ve hak ve özgürlüklerin korunması açısından yargı bağımsızlığıyla sağlanır²⁵. Bu çerçevede en sık görünen arızalı demokrasi tipi olan illiberal demokrasiler, demokratik yollarla seçilmiş temsilcilerin, siyasal iktidarın denetimini, parlamentoyu ve yargısal organları etkisiz bırakarak önlemesi, hukuk devletine ilişkin esasları ciddi ve sistematik olarak ihlal etmesi durumunda söz konusu olur²⁶.

²³ Wolfgang Merkel, “Eingebette und defekte Demokratien: Theorie und Empire”, s. 65; Wolfgang Merkel, “Embedded and Defective Democracies”, s. 49.

²⁴ Wolfgang Merkel, “Eingebette und defekte Demokratien: Theorie und Empire”, s. 65; Aurel Croissant / Peter Thiery, “Von defekten und anderen Demokratien”, s. 28.

²⁵ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Basım Yay., 17. Basım, İstanbul, Ağustos 2014, s. 476.

²⁶ Bu yönde kapsamlı bir inceleme için bkz. Wolfgang Merkel / Aurel Croissant, “Formale und informale Institutionen in defekten Demokratien”, s. 11.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Nihayet, delegasyoncu demokrasi (delegative Demokratie), arızalı demokrasi modellerinin son türüdür²⁷. Arjantinli siyaset bilimci **O'Donnell** tarafından ortaya atılan illiberal demokrasilerle ortak noktaları çok olan bu demokrasi türü, öğretilerde bazı yazarlar tarafından illiberal demokrasinin bir alt türü olarak da değerlendirilmiştir²⁸. Delegasyoncu demokrasi, liderliğin aşırı ölçüde kişiselleştiği, siyasal iktidarın denetiminin (yatay güç kontrolünün), yani yasama ve yargı gibi kurumlara karşı hesap vermenin gereksiz olduğu ve başkanın yetkilerini kullanmasına engel oluşturduğu fikrine dayanır²⁹. Bu demokrasi modeli, güçlü birey merkezizliğini esas almaktadır. Seçmenler, kimlikleri veya bağlı oldukları örgütler ne olursa olsun tek bir amaca kilitlenir: Ülkenin kaderini belirleyen politikalarda gerekli sorumluluğu taşıyabilecek “kişiyi” seçmek³⁰. Yürütme gücünün karizmatik liderlerin elinde bulunduğu bu arızalı demokrasi modelinde liderler, çeşitli düzenlemeler ile parlamentoyu etkisiz kılmakta ve yargısal organlara müdahalede bulunarak erkler ayrılığını etkisizleştirmektedir³¹. Çoğunlukla Latin Amerika'daki başkanlık rejimlerini nitelendirmek amacıyla kullanılan delegasyoncu demokrasilerde³² başkanlar, ulusun

²⁷ Öğretilerde, “*delegasyoncu*” kelimesinin kullanılması eleştirilmiştir. Zira hızla artan nüfus yoğunluğu, sorunlara hızlı çözüm bulma gereksinimi gibi nedenler doğrudan demokrasinin uygulanmasını imkânsız kılmaktadır. Dolayısıyla, günümüz demokrasilerinin zaten hepsi temsili nitelikte, yani delegasyoncudur. Bkz. **Ibid.**

²⁸ Aurel Croissant / Peter Thiery, “**Von defekten und anderen Demokratien**”, s. 28.

²⁹ Guillermo O'Donnell, “Delagative Democracy”, in Lary Diamond and Marc F. Plattner (Eds.), **The Global Resurgence of Democracy**, 2. edition, The Johns Hopkins University Press, 1996, s. 99; aynı yönde bkz. Ergun Özbudun, **Çağdaş Türk Politikası (Demokratik Pekişmenin Önündeki Engeller)**, (Çev. Ali Resul Usul), Doğan Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul, 2002, s. 135; bu konuda ayrıca bkz. Canan Aslan Akman, “Başkanlık Sistemlerinin Latin Amerika Deneyimi: Çok Parti Sistemindeki Çeşitlilikler, Sorunlar ve Fırsatlar”, in İhsan Kamalak (Der), **(Yarı) Başkanlık Sistemi ve Türkiye**, Kalkedon Yay., İstanbul, Ocak 2014, s. 235–237.

³⁰ Guillermo O'Donnell, “**Delagative Democracy**”, s. 99.

³¹ Wolfgang Merkel, “**Eingebette und defekte Demokratien: Theorie und Empire**”, s. 66.

³² Her ne kadar, **O'Donnell**, delegasyoncu demokrasilerin parlamenter sistemlerde uygulama alanı bulmayacağını belirtmese de, açıklamaları bu arızalı demokrasi türünün sadece başkanlık sisteminde işleyebileceğini göstermektedir. Aurel Croissant, “**Delegative Demokratie und Präsidialismus in Südkorea und auf den Philippinen**”, s. 116. **Özbudun**, başkanlık rejimiyle delegasyoncu demokrasi kavramının birlikte anılmasının gerekçesi olarak şu fikri ileri sürmektedir: “*O'Donnell'in incelemesi, delegasyoncu demokrasilerin tipik olarak başkanlık rejiminde bulunacağını ima etmektedir gerçekten de,* YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

vücuda gelen somut hali olarak algılandığı gibi, milli menfaatleri savunmada işlevsel bir rol üstlenir. Başkanın, milletin tümünün çıkarlarını gözetken bu “örnek figür” özelliği, onun politikalarını da esnetir ve kendisini siyasal partiler ve diğer örgütlenmeler ile özdeşirmesini engeller³³. Başkan, kararlarını alırken, bu tür grupları dışlar, siyasi zaferinin veya başarısızlığının sorumluluğunu yalnızca kendisi üstlenir³⁴. Kısacası, yürütmenin tek sorumlusu olan başkan, anayasal olarak güçlü yasama yetkileriyle donatılmışsa siyasal rejimin delegasyoncu demokrasiye dönüşme ihtimali yüksektir³⁵.

Bir siyasal rejimin birden fazla arızalı demokrasi türünün unsurunu aynı anda bünyesinde barındırması da mümkündür. Bu bağlamda, mesela, bir siyasal rejimde, demokratik yollarla seçilmiş temsilcilerin kararlarını, demokratik meşruiyeti olmayan kurumların veto yetkisi bulunuyorsa vesayetçi demokrasi söz konusu olurken, aynı zamanda temel haklar kısmi rejimine ilişkin ihlaller nedeniyle siyasal rejim, illiberal demokrasi olarak da nitelendirilebilir. Bu durumda yapılması gereken, siyasal rejimde hangi kısmi rejimin en ağır şekilde ihlal edildiğini tespit etmektir³⁶. Bu hususun tespitinden sonra, söz konusu rejimin, hangi arızalı demokrasi modeli olduğu artık belirlenebilir. Ayrıca, kısmi rejimlere ilişkin ihlallerin belli bir sürekliliğe ulaşması gerekir. Örneğin, temel hak ve özgürlüklere veya hukuk devletine ilişkin prensiplerin her ihlalinde ilgili siyasal rejimi illiberal demokrasi olarak nitelendirmek, çok boyutlu demokrasi kavramını pratikte kullanılmaz hale getirir. Çünkü kısmen de olsa bu ihlalleri, şu ya da bu şekilde gerçekleştirilmeyen ülke uygulamada yok denecek kadar azdır.

Arızalı demokrasilerle çok boyutlu demokrasi kavramı arasındaki ilişki yukarıda açıklanan kıstaslarla ortaya konulmaktadır. Ancak, temel sorun, arızalı demokrasi türleri ile otoriter rejimler arasındaki sınırın belir-

bu ikisini birleştirmek için iyi teorik ve ampirik nedenler vardır. Normal olarak, bir parlamenter sistem çok daha etkili yatay hesap verme “mekanizmasına” sahiptir. Bir başkan ne kadar popüler olursa olsun, parlamentoyu ve siyasal partileri seçilmiş başkan gibi ihmal edemez.” Ergun Özbudun, **Çağdaş Türk Politikası (Demokratik Pekişmenin Önündeki Engeller)**, s. 135–136.

³³ Guillermo O’Donnell, “Delagative Democracy”, s. 98–99.

³⁴ **Ibid.**, s. 100.

³⁵ Bu konuda bkz. Aurel Croissant, “Delegative Demokratie und Präsidialismus in Südkorea und auf den Philippinen”, s. 123.

³⁶ Aurel Croissant / Peter Thiery, “Von defekten und anderen Demokratien”, s. 29. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

lenmesidir. Diğer bir ifade ile bir siyasal rejim, acaba hangi hallerde arızalı demokrasi olarak değil de, otoriter bir rejim olarak nitelendirilecektir? Gerçekten, siyasal yaşamda kısmi rejimlerde yaşanan “arızalar” öyle büyük boyutlara ulaşabilir ki, siyasal rejimi, her ne kadar, arızalı sıfatı kullanılsa da, demokratik olarak tasvir etmek anlamsız olabilir. “Çok boyutlu demokrasi kuramını” ortaya atan ve başlarında **Merkel**’in bulunduğu akademik grubun üyelerinden olan **Croissant / Thiery**, bu noktada şu görüşü savunur³⁷: Eski otoriter rejimleri belli özellikleri (örn. seçimlerin yapılmaması, siyasal katılım haklarının tanınmaması veya iktidarın keyfi kullanımı) sayesinde arızalı demokrasi türlerinden kolayca ayırmak mümkünken, günümüz otoriter rejimleri için aynı husus çoğu zaman geçerli değildir. Bu durumun nedenlerinden birini, otoriter rejimlerin, demokratik oldukları izlenimini vermek için temel demokratik esaslara kısmen uymaları oluşturur. Bu çerçevede, her ne kadar, otoriter rejimleri, arızalı demokrasilerden kesin olarak ayırmak güç olsa da, bir veya birkaç kısmi rejimin tümüyle işlemez duruma gelmesi halinde bu siyasal rejimin artık bir otoriter rejim olduğu öne sürülebilir. Diğer bir ifadeyle arızalı demokrasilerden farklı olarak kısmi rejimler, yalnızca “aksak” değil, işlevlerini de yerine getiremezler. Bu nedendir ki, söz konusu rejimler, “arızalı” değil, otoriter olarak nitelendirilmelidir.

Konuyu açıklığa kavuşturmak amacıyla şu örnekler verilebilir³⁸: Etkin hükümet gücü, demokratik yollarla seçilmiş makamlara değil de, demokratik meşruiyeti bulunmayan kurumlara aitse arızalı demokrasilerin alt türü olan vesayetçi demokrasinin söz konusu olacağı yukarıda ifade edilmişti. İşte, eğer, siyasal konularda son karar alma yetkisi ağırlıklı olarak demokratik yollarla seçilmiş temsilcilere ait değilse (örn. İran), yani demokratik meşruiyeti olmayan kurumlar siyasi kararların alınmasına bütünüyle yön veremekteyse, artık vesayetçi demokrasiden değil, otoriter rejimden bahsedilir. Benzer yönde, bir siyasi rejimde, siyasi partiler ve demokratik kitle örgütleri demokratik esaslara aykırı olarak sürekli kapatılmakta veya diğer idari tedbirler yoluyla siyasal yaşamdan dışlanmaktaysa ya da devletin temel erklerinden biri, diğer erklerin yetkilerine müdahalede bu-

³⁷ **Ibid.**, s. 26.

³⁸ **Ibid.**

lunuyor ve siyasal iktidar, adeta tek bir elde toplanıyorsa³⁹, bu siyasal rejim, artık arızalı demokrasi değil, otoriter bir rejimdir.

Ancak, yazarın, arızalı demokrasi modelleri ile otoriter rejimler arasındaki farkı ortaya koymak için öngördüğü ölçüt eleştiriye açıktır⁴⁰. Zira kısmi rejimlerin bütünüyle işlevsiz hale gelmesi durumu, görece bir kıstas olduğundan arızalı demokrasileri otoriter rejimlerden ayırmak konusunda her zaman yardımcı olmaz. Nitekim **Croissant / Thiery** de, bu konuya dikkat çekmiş ve yukarıda verilen belli örnekler dışında siyasal yaşamda arızalı demokrasiler ile otoriter rejimler arasındaki ayrımın genellikle bu kadar açık olmadığını kabul etmiştir⁴¹. Bu bağlamda, öğretilerde **Merkel** tarafından savunulan “çok boyutlu demokrasi kuramının”, “gri alandaki rejimleri” tespit etmek hususunda gerekli kriterleri açıkça ortaya koyarken, söz konusu kıstasların, arızalı demokrasileri, otoriter rejimlerden ayırmak noktasında çoğu zaman yetersiz kaldığını ileri sürmek mümkündür.

(b) Otoriter Rejimler Açısından: Seçimsel Demokrasiler–Seçimsel Otoriter Rejimler

Öğretilerde **Schelder**, çoğulcu demokratik rejimler ile otoriter rejimler arasında kalan siyasal rejimleri nitelendirmek amacıyla iki temel kavram kullanır. Bunlar: “Seçimsel demokrasiler” ve “seçimsel otoriter rejimler”dir⁴². Yukarıda da ifade edildiği gibi, yazar, “gri alandaki rejimlere” otoriter rejimler perspektifinden yaklaşmaktadır. Bu yaklaşım farklılığı ise, ister istemez kullanılan kavramların da farklı olmasına yol açar. Yazara göre, çoğulcu demokratik rejimler ile seçimsel demokrasiler arasındaki ortak noktayı, her iki rejimde de seçimlere ilişkin demokratik ilkelere uyulması oluşturur. Seçimsel demokrasilerin eksik olduğu noktalar hukuk devleti, siyasal düzeyde hesap verilebilirlik ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin tam olarak güvence altında olmaması gibi hususların kurum-

³⁹ Bu örnek için bkz. Aurel Croissant, “Delegative Demokratie und Präsidialismus in Südkorea und auf den Philippinen”, s. 118.

⁴⁰ Aynı yönde bkz. Matthijs Bogards, “How to classify hybrid regimes? Defective democracy and electoral authoritarianism”, s. 404.

⁴¹ Bkz. Aurel Croissant / Peter Thiery, “Von defekten und anderen Demokratien”, s. 26.

⁴² Bu konuda bkz. Andreas Schelder, “The Menu of Manipulation”, s. 37. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

sallaşmamasıdır⁴³. Kısaca, **Schelder**, **Merkel**'in yaptığı sınıflandırmayı kısmen kabul eder ve bu siyasal rejimlere herhangi bir ayırım yapmaksızın seçimsel demokrasi adını verir. Bu noktada, dışlayıcı ve vesayetçi demokrasi istisna oluşturur. Çünkü hatırlanacağı gibi, dışlayıcı demokrasilerde seçimlere ilişkin demokratik ilkeler (örn. seçimlerin serbest ve adil olması vb.) göz ardı edilir. Ayrıca, **Schelder**'e göre, bir seçimin demokratik niteliğe sahip olması için, demokratik yollarla seçilmiş temsilcilerin karar alma yetkisi dışında mahfuz alanların bulunmaması, yani seçilmiş organların siyasi konularda karar alma kudretine sahip olması gerekir⁴⁴. Dolayısıyla, yazarın, seçimsel demokrasiden kastettiği husus, illiberal ve delegasyoncu demokrasilerinden başkası değildir⁴⁵.

Seçimsel demokrasilerle seçimsel otoriter rejimler arasındaki ayırım ise seçimlere ilişkin temel demokratik ilkelere uyulup uyulmadığının tespiti ile olur⁴⁶. Bu bağlamda, yazar, şu görüşleri savunur: Demokratik bir tercihten bahsedilebilmek için belirli ilkelere uyulması gerekmektedir. Söz konusu prensipler, birbiri içine geçmiş halkalar gibi görülebilir ve bu halkalar, “*demokratik tercihin zincirini (the chain of democratic choice)*” oluşturur. Demokratik seçimi anlamlı kılan bu halkalar siyasal rejimde etkin siyasal makamların seçimle belirlenmesi, yurttaşların siyasi parti kurmakta veya onlara katılmakta serbest olması ya da dilediği adayı destekleyebilmesi, alternatif bilgi kaynaklarına ulaşarak vatandaşların siyasal kararlarını verebilmeleri, seçimlerin serbest olması, genel ve eşit oy hakkının tanınması ve demokratik yollarla seçilmiş organların siyasal konularda karar verme yetkisine sahip olmasıdır. Seçimler ancak bu ilke ve esaslara uyuyorsa demokratiktir⁴⁷. “*Demokratik tercihin zinciri*” herhangi bir yerde kırılırsa, seçimler de demokratik niteliğini kaybedeceğinden artık seçimsel

⁴³ Ergun Özbudun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, s. 41; bu konuda aynı yönde ayrıca bkz. Andreas Schelder, “**The Logic of Electoral Authoritarianism**”, s. 5.

⁴⁴ Andreas Schelder, “**The Menu of Manipulation**”, s. 41.

⁴⁵ Ancak, **Schelder**, illiberal nitelendirmesine karşı çıkmakta ve bu rejimlerin illiberal olmakla birlikte, demokratik olmadığını savunmaktadır. **Ibid**, s. 43. Yazarın bu konudaki itirazı muhtemelen şu görüşe dayanır: “*Schelder için bir ülke demokratik veya otoriter rejim değilse seçimsel otoriter rejimdir.*”. Bkz. Matthijs Bogards, “**How to classify hybrid regimes? Defective democracy and electoral authoritarianism**”, s. 412.

⁴⁶ Andreas Schelder, “**The Logic of Electoral Authoritarianism**”, s. 5.

⁴⁷ **Ibid**.

demokrasiler değil, seçimsel otoriter rejimler söz konusu olur. Öğretide **Schelder**, seçimsel otoriter rejimler hakkında ise aynen şu görüşü savunmaktadır:

“Seçimsel otoriter rejimler, yürütme organının başkanlığı ve ulusal yasama organının teşekkülü amacıyla makul aralıklarla seçimler yaparak çok partili seçimler oyununu oynar. Fakat serbestlik ve dürüstlük konusundaki liberal demokratik prensipler o kadar ciddi ve sistematik biçimde ihlal edilir ki, seçimler artık demokrasilerin değil, otoriter rejimlerin aracı haline gelir. Seçimsel otoriter rejimlerde seçimler, geniş ölçüde kapsayıcıdır (Genel oy kuralı uygulanır.), asgari düzeyde çoğulcudur (Muhalefet partilerinin seçimleri kazanmasına olmasa da, belirli miktarda sandalye ve oy kazanmasına izin verilir.), asgari ölçüde açıktır (Muhalefet partilerine zaman zaman baskı yapılırsa da, bu baskı ciddi ve kapsayıcı ölçüde değildir.). Ancak, tüm bunlara rağmen, seçim yarışı o denli ciddi, yaygın ve sistematik olarak devlet tarafından manipüle edilir ki, bu siyasi rejimleri demokratik olarak nitelendirmek mümkün değildir...⁴⁸”.

İşte, görüldüğü gibi, seçimsel otoriter rejimleri, seçimlere ilişkin temel normlara uyan, ancak, hukuk devleti, siyasal hesap verilebilirlik gibi unsurlarda bünyesinde eksikleri barındıran seçimsel demokrasilerden ve seçim yöntemini hiç kullanmayan otoriter rejimlerden ayırmak mümkündür⁴⁹. Fakat seçimsel demokrasilerle seçimsel otoriter rejimler arasındaki sınırın da, uygulamada her zaman bu kadar açık olmadığı ve bu durumun, her iki rejimin de kategorize edilmesini zorlaştırdığı belirtilmelidir⁵⁰. Yukarıda da ifade edildiği gibi, seçimsel otoriter rejimlerde farklı şekillerde seçimlerin manipüle edilme imkânı vardır ki, bu durumda seçimler halkın gerçek iradesinin tezahürü olarak değerlendirilemez⁵¹. Diğer bir anlatım ile *“seçimlerin çeşitli şekillerde manipüle edildiği durumlarda, resmi seçim sonuçları, gerçek oy dağılımını yansıtmaz⁵²”*. Siyasal rejimlerdeki bazı uygulamalar, manipülasyon araçlarını belirlemede yol gösterici niteliktedir. **Schelder**'e göre, seçimlere ilişkin temel esasları veya seçim çevreleri-

⁴⁸ **Ibid.**, s. 3.

⁴⁹ Ergun Özbudun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, s. 42.

⁵⁰ **Ibid.**, s. 45; benzer yönde ayrıca bkz. Andreas Schelder, **“The Logic of Electoral Authoritarianism”**, s. 7.

⁵¹ Andreas Schelder, **“The Logic of Electoral Authoritarianism”**, s. 8.

⁵² Ergun Özbudun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, s. 45. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

ni düzenleyen yasalarda siyasal iktidar lehine ayrımcılık yapılması, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı gibi siyasal hakların sınırlandırılması, adayların idari kararlarla seçim yarışının dışına atılması bu araçlar arasında yer alır. Manipülasyonlar, açık olarak yapılabileceği gibi, seçmen listelerinin keyfi olarak değiştirilmesi, oyların satın alınması, seçmen üzerinde baskı kurulup, seçim günü oy pusulalarında tahrifat yapılması gibi yollarla gizlice de gerçekleştirilebilir⁵³.

Özellikle seçimlere ilişkin manipülasyon yöntemlerinin çoğunlukla gizlice gerçekleştirilmesi, bunların “*karanlıkta bir gölge*” gibi durmalarına yol açmakta ve dolayısıyla da, açığa çıkarılmasını güçleştirmektedir⁵⁴. Ancak, buna rağmen, siyasal rejimdeki bir takım uygulamalar, bu seçim manipülasyonları hakkında bilgi verebilir⁵⁵: Mesela, siyasi partilerin demokratik kurallara aykırı olarak kapatılması veya adayların seçim yarışının dışına itilmesi, muhalefetin ifade, örgütlenme, toplantı özgürlüğünün ve nihayet, medyaya ve devlet kaynaklarına ulaşma haklarının engellenmesi bu uygulamalar arasında yer alır. Aynı yönde, seçmenler, siyasal tercihini oluştururlarken ekonomik güçler, şiddet⁵⁶ ve baskı gibi unsurlar devreye giriyorsa ya da seçmenlerin kaydedilmesinden oyların kullanıldığı kadar ki süreç arasında siyasal iktidar tarafından seçim hileleri organize ediliyorsa⁵⁷ veyahut etkin siyasal makamlar demokratik yollarla belirleniyor olsa da, siyasal karar alma yetkileri bu makamlara değil de, demokratik meşruiyeti olmayan kurumlara aitse, yani temsilcilerin anayasal yetkileri kâğıt üzerinde kalmışsa, söz konusu siyasal rejimin seçimsel otoriter rejim olarak değerlendirilmesi gerekir. Nihayet, seçimsel otoriter rejimlerin demokratik

⁵³ Andreas Schelder, “**The Logic of Electoral Authoritarianism**”, s. 8–9.

⁵⁴ **Ibid.**

⁵⁵ Andreas Schelder, “**The Menu of Manipulation**”, s. 42–45; aynı yönde bkz. Ergun Özbudun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, s. 45.

⁵⁶ Şiddet kullanımı, seçimsel otoriter rejimlerin temel belirtilerindedir. Bu bağlamda, siyasal muhalefete yönelik düzenlenen suikastler, seçmenleri belirli bir yönde oy kullanmasını sağlamak amacıyla korkutma, siyasi rakiplerin özgürlüklerine veya mülkiyetlerine yönelen saldırılar, seçilmiş temsilcilere ya da idari makamlara karşı şiddet kullanımı ve siyasi ayaklanmalar örnek gösterilebilir. Andreas Schelder, “**Measuring Democratic Consolidation**”, **Studies in Comperative International Development**, Vol. 36, No. 1, Spring 2001, s. 70–71.

⁵⁷ Örneğin, seçmen listelerinde yapılan hukuka aykırı ekleme veya silinmeler, seçmen kimliklerinin taklit edilmesi, oy pusulalarının yakılması ya da seçim bölgelerinin muhalefeti etkisiz kılacak bir şekilde düzenlenmesi vb.

müesseseleri taklidinin sadece seçim alanı ile sınırlı olmadığı belirtilmelidir. Bu rejimler, örneğin, anayasa mahkemeleri kurarak ve hukuk devletinin bazı şekli özelliklerini kabul ederek manipülasyon yöntemlerini seçim alanının dışına da taşıyabilir. Hiç şüphesiz, seçimlerin manipüle edilmesi durumunda nasıl ki seçimler, halkın gerçek iradesini yansıtmamaktaysa, demokratik oldukları izlenimini uyandırmak için kabul edilen bu göstermelik kurumlar da siyasal iktidar üzerinde gerçek anlamda bir sınır oluşturmaz⁵⁸.

IV) Sonuç

Günümüzde ülkelerin kayda değer bir çoğunluğu, kendi siyasal rejimlerini demokratik olarak nitelendirmektedir. Ne var ki, bu durumdan söz konusu siyasal rejimlerin demokrasinin tüm koşullarını tam olarak yerine getirdiği anlamını çıkarmak mümkün değildir. Nitekim yukarıda da ifade edildiği gibi, geçtiğimiz yüzyılın son çeyreğinde başlayan üçüncü demokratikleşme dalgası ile beraber otoriter rejimler, özellikle Batılı devletlerin demokratikleşme çabalarını desteklemesi ve uluslararası düzeyde saygınlık kazanma amacı ile çoğulcu demokrasilerin temel kurum ve esaslarını göstermelik bir şekilde kabul etme yoluna gitmişlerdir. İşte, ne otoriter ne de demokratik olan bu siyasal rejimler, çoğulcu demokrasi kavramına farklı bir açıdan yaklaşılmasını zorunlu kılmıştır. Bu bağlamda, Alman hukuk öğretisinde **Merkel**, çok boyutlu demokrasi kuramını ortaya atmış ve demokrasiyi, iç içe geçmiş ve her biri için ayrı ölçütlerin geçerli olduğu kısmi rejimler bütünü olarak tanımlamıştır. Böylelikle, “*gri alanda kalan rejimleri*”, demokratik ve otoriter rejimlerden ayırmak mümkün hale gelmiştir.

Merkel tarafından yapılan sınıflandırmanın dayandığı fikir açıktır. Şöyle ki; **Merkel**'e göre, kısmi rejimlerin ihlal edilmesi halinde arızalı demokrasiler söz konusu olur ve ihlal edilen kısmi rejime göre, dışlayıcı, vesayetçi, illiberal ve vesayetçi olmak üzere dört farklı arızalı demokrasi modeli ortaya çıkar. Bu kısmi rejimlerin birinin veya birkaçının işlevlerini hiç yerine getirememesi halinde ise artık arızalı demokrasiden değil, otoriter rejimden bahsedilir. Ne var ki, öğretilerde **Schelder**, **Merkel** tarafından savunulan bu fikre karşı çıkmıştır. Gerçekten de, yukarıda da belirtildiği gibi, yazar, seçimlere ilişkin temel demokratik ilkelere uyulmakla birlikte,

⁵⁸ Bu yönde bkz. Ergun Özbudun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, s. 46-47.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

hukuk devleti, siyasal düzeyde hesap verilebilirlik ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin tam anlamıyla koruma altında olmaması gibi hususların kurumsallaşmaması durumunda, ilgili siyasal rejimin, seçimsel demokrasi olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Seçimsel otoriter rejimleri, seçimsel demokratik rejimlerden ayıran kıstas ise demokratik seçimlere ilişkin esaslara tam olarak uyulmaması ve seçimlerin, farklı şekillerde manipüle edilerek, seçmenlerin iradelerini yansıtmamasıdır.

Görüldüğü gibi, çoğulcu demokrasilerin tüm unsurlarını bünyesinde barındırmayan ve fakat aynı zamanda da otoriter rejim olarak tasvir edilemeyecek bu tür siyasal rejimlere, öğretilerde iki farklı açıdan yaklaşılmaktadır. Ancak, bu noktada önem arz eden asıl husus, bu siyasal rejimlerin temel özelliklerinin tespit edilerek, çoğulcu demokrasilerle sınırının kesin bir şekilde çizilmesidir. Çünkü birkaç istisnai örnek bir kenara bırakılırsa, günümüzde totaliter nitelikli rejimlerin etkisini kaybederek, otoriter rejimlere dönüştüğü ve bu siyasal rejimlerin, demokrasinin belli başlı kurum ve esaslarını taklit ederek, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ciddi ve sistematik bir şekilde ihlal ettiği söylenebilir. Diğer bir ifadeyle eskiden otoriter kimliklerini saklamayan bu siyasal rejimler, artık demokrasinin bazı temel öğelerini kısmen benimseyerek, kendi otoriter yönetimlerini meşrulaştırmaktadır. İşin ilginç yanı, bu siyasal rejimler, görünüşte de olsa çoğulcu demokrasinin bazı unsurlarını yönetim aracı olarak kullanmaktadırlar. Hal böyle olunca, bu siyasal rejimlerin, otoriter olarak nitelendirmeleri de mümkün olmamaktadır. İşte bu nedenlerle, çoğulcu demokrasi kavramının yeniden tanımlanması ve bu çerçevede ortaya konacak kıstaslarla bir siyasal rejimin, hangi halde demokratik, otoriter ya da karma bir rejim olarak görülmesi gerektiğinin belirlenmesi zorunludur.

KAYNAKÇA

ASLAN AKMAN Canan, “Başkanlık Sistemlerinin Latin Amerika Deneyimi: Çok Parti Sistemindeki Çeşitlilikler, Sorunlar ve Fırsatlar”, in İhsan Kamalak (Der), **(Yarı) Başkanlık Sistemi ve Türkiye**, Kalkedon Yay., İstanbul, Ocak 2014, s. 223–253.

BOGARDS Matthijs, “How to classify hybrid regimes? Defective democracy and electoral authoritarianism”, **Democracratization**, Vol. 16, No. 2, April 2009, s. 399–423.

CROISSANT Aurel, “Delegative Demokratie und Präsidentialismus in Südkorea und auf den Philippinen”, **Welt Trends**, Nr. 29, Winter 2000/2001, s. 115–142.

CROISSANT Aurel / THIERY Peter, “Von defekten und anderen Demokratien”, **Welt Trends**, Nr. 29, Winter 2000/2001, s. 9–32.

DAHL Robert A., **Demokrasi Üzerine**, (Çev. Betül Kadioğlu), Phoenix Yay., 2. Baskı, Ankara, Ekim 2010.

HUNTINGTON Samuel P., **Üçüncü Dalga (Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma)**, (Çev. Ergun Özbudun), Yetkin Yay., Ankara, 1996.

KNOBLOCH Jörn, **Defekte Demokratie oder keine?: Das Politische System Russlands**, LIT Verlag, Münster, 2002.

MERKEL Wolfgang, “Die “eingebette” Demokratie” , **WZB-Mitteilungen**, Heft 106, Dezember 2004, s. 7–10.

MERKEL Wolfgang, “Eingebette und defekte Demokratien: Theorie und Empire”, in Claus Hoffe (Hrsg.), **Demokratisierung der Demokratie –Diagnosen und Reformvorschlaegen–**, Campus Verlag, Frankfurt, 2003, s. 43–71.

MERKEL Wolfgang, “Embedded and Defective Democracies”, **Democratization**, Vol. 11, No. 5, December 2004, s. 33–58.

MERKEL Wolfgang / CROISSANT Aurel, “Formale und informale Institutionen in defekten Demokratien”, **Politische Vierteljahresschrift**, Heft 1, 41. Jg. (2000), s. 3–30.

O’ DONNELL Guillermo, “Delagative Democracy”, in Lary Diamond and Marc F. Plattner (Eds.), **The Global Resurgence of Democracy**, 2. edition, The Johns Hopkins University Press, 1996, s. 94–110.

ÖZALP Osman Nuri, “Türkiye Demokrasilerin Neresinde? Demokrasi Tiplerleri Işığında Türkiye Örneğine Yeni Bir Bakış Denemesi”, **İÜHFMD**, C. LXVI, S. 2, 2008, s. 129–162.

ÖZBUDUN Ergun, **Çağdaş Türk Politikası (Demokratik Pekişmenin Önündeki Engeller)**, (Çev. Ali Resul Usul), Doğan Kitapçılık, 1. Baskı, İstanbul, 2002.

ÖZBUDUN Ergun, **Otoriter Rejimler, Seçimsel Demokrasiler ve Türkiye**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, Nisan 2011.

SCHELDER Andreas, “Measuring Democratic Consolidation”, **Studies in Comperative International Development**, Vol. 36, No. 1, Spring 2001, s. 66–92.

SCHELDER Andreas, “The Logic of Electoral Authoritarianism”, in Andreas Schelder (Ed.), **Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition**, Lynne Rienner Publishers, Boulder and London, 2006, s. 1–23.

SCHELDER Andreas, “The Menu of Manupulation”, **Journal of Democracy**, Volume 13, Number 2, April 2002, s. 36–50.

TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Basım Yay., 17. Basım, İstanbul, Ağustos 2014.

ALACAK REHNİNİN İYİNİYETLE İKTİSABI
(ACQUISITION OF PLEDGE OF CLAIM THROUGH GOOD FAITH)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Nazlı HİLAL ÇELİK*

ÖZET

Bu çalışmanın amacı iyiniyetli rehin alanın alacak hakkının korunabileceği durumları belirlemektir. Alacak rehninin iyiniyetle iktisabını düzenleyen açık bir hüküm yoktur. Ancak genel kural olarak rehin alanın iyiniyetle iktisabı korunmasa da bazı istisnai hallerde iyiniyetin korunduğunun kabulü gerekecektir. Bu çalışmada iyiniyetle iktisap halleri mevcut bir alacağın bulunmaması ve tasarruf yetkisinin bulunmaması durumlarına göre değerlendirerek incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Alacak Rehni, İyiniyetle İktisap, tasarruf yetkisi.

ABSTRACT

The aim of this study is to identify the situations which the claim of a pledgee in good faith may be protected. There is no explicit provision that regulates the bona fide acquisition of a pledge of claim. However, even though acquisition of pledgee cannot be protected as a general rule, the assent of protecting a bone fide would be required in some exceptional cases. In this study, bone fide acquisitions in good faith have been examined, by evaluating to absence of an existing claim and no power of disposition.

Keywords: Claim pledge, acquisition in good faith, power of disposition.

* Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: ncelik@dogus.edu.tr

I. GENEL OLARAK

Alacak rehni, Türk Medeni Kanunu¹'nin "Eşya Hukuku" başlıklı dördüncü kitabının "Sınırlı Ayni Haklar" başlıklı ikinci kısım, "Taşınır Rehni"ne ilişkin üçüncü bölüm, ikinci ayrımında "Alacaklar ve Diğer Haklar Üzerinde Rehin" başlığı altında 954-961. maddeler arasında düzenlenmiştir.

TMK. m. 954/I, başkalarına devredilebilen alacaklar ve diğer hakların rehnedilebileceğini düzenlemektedir. Söz konusu maddede alacaklar ve hakların rehnedilebileceği söylense de, alacak rehni denilen aslında bir hak rehnidir².

954/II, maddesi ise aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde bunların rehninde, teslimine bağlı rehin hükümlerinin uygulanacağını düzenlemektedir. Alacak rehni, konusu itibarıyla maddi bir şey olmadığı için teslimine bağlı rehin hükümleri ancak kıyasen uygulanabilecektir³.

Bir hak üzerinde rehin tesis edilebilmesi için bu hakkın "başkasına devredilebilen" haklardan olması gerekir. TMK. m. 954 bu hususu açıkça belirtmektedir. Temlik edilebilir nitelikte olmayan haklar borç ödenmediği takdirde satılarak alacaklının alacağını elde etmesine imkan sağlamadığı için rehin kapsamında da olmayacaktır⁴. Devredilebilen hakların başında da alacaklar gelir. Alacak hakkı TBK⁵. m. 183'de açıkça belirtildiği üzere, Kanun, sözleşme ya da işin niteliği, devredilmesini yasaklamadıkça temlik edilebilecektir.

¹ Kanun No: 4721, 22.11.2001 KT. 8.12.2001-24607 RG.

² Alacak rehninin hak rehninin önemli bir uygulama alanı olması sebebiyle maddede alacak rehni ayrıca sayılmıştır. Bülent Köprülü, Selim Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, Fakülteler Matbaası, 2. Bs., İstanbul, 1982, s. 535; Nuşin Ayiter, Eşya Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1983, s. 194; Lale Sirmen, Alacak Rehni, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1990, s. 3 vd.; Ebru Şensöz, Arif Barış Özbilen, Burcu Savaş, "Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı", İTÜSD., Y.4, S. 8, 2005/2, s. 237; Alacaklının elde ettiği hakkın bir ayni hak olmadığı, sadece rehni paraya çevirme hakkı olduğu yönünde, Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2009, s. 867; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 814; Alacaklar üzerinde kurulan rehnin bir sınırlı ayni hak olduğu yönünde, Lale Sirmen, Eşya Hukuku, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2013, s. 735; Karşı görüşte: Doruk Utku, Sınai Hakların Rehni, Ankara, 2009, s. 122; Tartışmalar için bkz. Sirmen, a.g.e., s. 5 vd.

³ Aydın Aybay, Hüseyin Hatemi, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 302; Sirmen, a.g.e., s. 3 vd.; Şensöz/Özbilen/Savaş, a.g.m., s. 233.

⁴ Aybay/Hatemi, a.g.e., s. 302.

⁵ Kanun No: 6098, 11.1.2011 KT., 4.2.2011-27836 RG.

Bir alacak üzerinde rehin hakkı kurulması amacıyla yapılan sözleşme şekle bağlı değildir. Zira bu bir borçlandırıcı işlemdir⁶. Ancak böyle bir borç ilişkisine dayanılarak kurulacak alacak rehninin yazılı şekilde düzenlenmesi gerekir. Yazılı şekil geçerlilik şartıdır⁷. Alacağın senede bağlı olması halinde senedin teslimi de gereklidir⁸.

II. İYİNİYETLE İKTİSABIN ŞARTLARI

Alacak rehninin iyiniyetle iktisabını düzenleyen açık bir hüküm mevcut değildir. İlke olarak rehin alanın iyiniyetle iktisabının korunmayacağı söylenebilirse de bazı istisnai hallerde iyiniyetin korunduğunun kabulü gerekecektir.

A. Rehin Alanın İyiniyetli Olması

Alacak rehninin iyiniyetli iktisabından bahsedildiğinde, öncelikle varlığı üzerinde durulacak şart alacağı alanın iyiniyetinin varlığıdır. Bu sebeple de burada belirtilen iyiniyet kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır.

TMK.'da iyiniyet başlığını taşıyan 3. madde Kanunun iyiniyete hukuki sonuç bağladığı hallerde aslolanın iyiniyetin varlığı olduğunu karine olarak kabul etmiştir⁹. Bu sebeple bunu iddia eden tarafın değil, aksini iddia eden tarafın iddiasını ispatlaması gerekecektir. İkinci fıkrada ise iyiniyet iddiasında bulunulabilmesi için gerekli olan özenin derecesi, durumun gerektirdiği özeni göstermeyen kimsenin iyiniyet iddiasında bulunmayacağı şeklinde düzenlenmektedir.

⁶ Sirmen, a.g.e., s. 41; Aybay/Hatemi, a.g.e., s. 303; Esener/Güven, a.g.e., s. 511.

⁷ Kemal Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1978, s. 1203; Sirmen, a.g.e., s. 41; Turhan Esener, Kudret Güven, Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 511.

⁸ Senedin zilyetliği alacaklıya devredildiği zaman teslim edilmiş sayılır. Esener/Güven, a.g.e., s. 511; Sirmen, a.g.e., s. 44; Burada hükmen teslim dışında rehin amaçlı zilyetliğin teslimi ya da teslimsiz kazanılma yollarının kullanılması mümkündür. Esener/Güven, a.g.e., s. 511.

⁹ Kanunun bu düzenlemesinden bütün hallerde iyiniyetin korunduğu değil, Kanunun hukuki sonuç bağladığı bazı istisnai hallerde iyiniyetin korunacağı anlaşılmaktadır. Halil Akkanat, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 17; Edis, a.g.m., s. 157 vd.; Ali Erten, İyiniyetin Korunmadığı Hukuki Durumlar, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, 1972, s. 181, 182.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Kanunda iyiniyet tanımı yapılmamaktadır. Bu eksiklik doktrinde tamamlanmıştır. Buna göre iyiniyet, başkasının sözlerine ve bazı durumların verilerine güvenerek, gerçek olmadığı halde bir şeyi gerçek sanmak, sakat ya da eksik olan bir hukuki işlem ya da durumu sağlam veya tam sanmak şeklinde tanımlanmıştır¹⁰.

İyiniyetin varlığı için iyiniyet iddiasında bulunan kişinin öncelikle mevcut hukuki görünüşe güvenmekte haklı olması gerekir¹¹. Hakim iyiniyet iddiasında bulunan kişiden beklenen özenin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini belirleyecek ve her somut olayın özelliklerine göre bu hususu değerlendirecektir.

Özen gösterme yükümlülüğü kural olarak iyiniyetli olması gereken kişiye aittir. Temsilin mevcut olması halinde ise özen gösterme yükümlülüğü hem temsilciye hem de temsil olunana ait olur¹².

B. Geçerli Rehin Akdi

Rehin hakkının kurulması öncelikle geçerli bir rehin akdinin varlığına bağlıdır. Rehin hakkı kurmak maksadıyla yapılan borçlandırıcı işlem niteliğinde olan akit bir şekle bağlı değildir. Ancak bu ilişkiye dayanılarak kurulacak olan rehin hakkının yazılı bir şekilde düzenlenen tasarruf işlemi niteliğindeki bir sözleşme ile kurulması gerekir. Alacak bir senede bağlı ise, TMK. m. 955 uyarınca senedin rehin alana verilmesi de şarttır. Bu şartlar gerçekleştiği anda rehin hakkı bir aynı hak olarak doğar¹³.

Rehin sözleşmesinin geçerli bir şekilde yapılmaması halinde, şekli unsur gerçekleşmediği ve rehin sözleşmesi de meydana gelmediği için, rehin alanın iyiniyetli olmasının da bir önemi bulunmayacaktır.

C. Durumun İyiniyetin Uygulanabileceği İstisnalardan Olması

Alacak rehninde iyiniyete sonuç bağlayabilmemiz için elbette, bu durumun düzenlenen istisnalardan olması gerekir. Bu istisnai durum iki halde mevcuttur. Bunları alacağın mevcut olmadığı hallerde iyiniyetin korunması ve

¹⁰ Zahit İmre, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1980, s. 331 vd.; Durumun gereğinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği, Seyfullah Edis, Türk Medeni Hukukunda İyiniyet, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, 1972, s. 143.

¹¹ Akkanat, a.g.e., s. 18; Edis, a.g.m., s. 145 vd.

¹² Edis, a.g.m., s. 144.

¹³ Aybay/Hatemi, a.g.e., s. 303.

tasarruf yetkisinin olmadığı durumlarda iyiniyetin korunması şeklinde incelemek kanımızca daha doğru olacaktır.

1. Mevcut Bir Alacağın Bulunmaması Halinde İyiniyetin Korunacağı Haller

Alacak rehninin geçerliliği temel kural olarak geçerli bir alacağın bulunmasına bağlıdır. Bu sebeple alacak rehni ile temin edilen alacağı geçerli olmaması durumunda alacak rehninin de geçerli olmayacağı açıktır.

Genel kural bu olmakla beraber alacağın mevcut olmaması halinde üçüncü kişinin iyiniyetinin korunduğu bir hüküm TBK. m. 19/II'de mevcuttur. Hüküm “Borçlu, yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz.” Şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda yazılı bir borç tanınmasına güvenerek, gerçek bir alacak mevcut olmasa bile, alacak rehni alan kişinin iyiniyeti korunmuş olur¹⁴.

2. Tasarruf Yetkisinin Olmaması Halinde İyiniyetin Korunacağı Haller

Rehnin geçerli olmasının bir diğer şartı da rehin verenin rehin konusu üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmasıdır. Bir başka deyişle, genel kural olarak rehin konusu üzerinde tasarruf yetkisi olmayan rehin verenin yapacağı işlem geçerli olmayacaktır¹⁵. Genel kural bu olmakla beraber, kanun bazı hallerde rehin verenin tasarruf yetkisi olmasa bile rehin alanın iyiniyetini korumuş ve buna sonuç bağlamıştır.

Bir kişi bir şeye malik ise onun üzerinde tasarruf yetkisi de vardır. Zilyetlik mülkiyete karine oluşturur. TMK. m. 985, “*taşınırın zilyedi onun maliki sayılır.*” demek suretiyle bu hususu düzenlemiştir. Ana kural bu olmakla beraber bazen kişinin malik olmasına rağmen malikmiş gibi görünmesi de mümkündür.

¹⁴ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 129 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 411 vd.; Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 74 vd.; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 54 vd.; Safa Reisoglu, Türk Borçlar Hukuku Genel hükümler, Beta Basım, İstanbul, 2014, s. 100 vd.

¹⁵ Sirmen, a.g.e., s. 50 vd.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Bu durumlardan ilki, emin sıfatı ile zilyetlik halidir¹⁶. İyiniyetli rehin alan, emin sıfatı ile zilyet olan rehin verenin malik olduğunu düşünerek bu işlemi yapabilir. TMK. m. 988, bu durumu düzenlemektedir. Söz konusu madde, “*Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynı hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur.*” şeklindedir. TMK. m. 939/II ise, “*Rehnedende tasarrufta bulunma yetkisi olmasa bile, rehin konusu taşınıra iyiniyetle zilyet olan kimse, zilyetlik hükümlerine göre edimini korunduğu ölçüde rehin hakkı kazanır.*” şeklindedir. Her iki hükümde tasarruf yetkisi olmamakla beraber, iyiniyetin varlığı bu işlemin yapılması halindeki noksanlığı bertaraf eder. Burada tasarruf alan emin sıfatı ile zilyedin görünüşüne güvenmektedir ki, hükümler ile korunmak istenen de budur¹⁷.

Zilyedin rızası dışında elinden çıkan, çalınan ya da kaybolan taşınırlar açısından durumun ne olacağı önemlidir. Bu durumda zilyet o şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir. Ancak bu taşınırı, açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyiniyetle edinmiş birinci kişi ve sonraki edinenlere karşı taşınır davasının açılması ancak ödedikleri bedelin geri verilmesi ile mümkündür. (TMK. m. 989) Bu durumda olan bir taşınırı rehin alan kişinin de iyiniyetinin korunması gerekir. Ancak elbette ödedikleri bedelin geri verilmesi koşulu ile bu kişilere karşı taşınır davası açılması mümkündür¹⁸.

Senede bağlanmış bir alacak, bir kıymetli evrakta cisimleşmiş ise, TMK. 956 vd. hükümlerine göre rehin edilebilir¹⁹. Hamile, emre ve nama yazılı senetler, TTK’daki devir ve temlike ilişkin düzenlemelere tabidir. Buna göre hamile yazılı senetler teslim edilerek, emre yazılı senetler ciro ve teslim ile, nama yazılı senetler ise yazılı devir ve teslim ile rehin olunabilir.

Alacak rehni açısından Eşya Hukuku’ndaki güvenin korunması ilkesi, taşınır eşya niteliğinde olan “hamile yazılı kıymetli evrak” için geçerli-

¹⁶ Bu sonuca varılabilmesi için taşınır üzerinde tasarrufta bulunan kişinin emin sıfatı ile zilyet olması gerekir. Zilyet yardımcıları emin sıfatı ile zilyet olmadıkları için, bunların yaptıkları işlemler açısından rehin alanın iyiniyeti korunmayacaktır. Şeref Ertaş, Eşya Hukuku, 5. Bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 107; Edis, a.g.m., s. 155.

¹⁷ Sirmen, a.g.e., s. 22.

¹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 104, 105.

¹⁹ Esener/Güven, a.g.e., s. 512.

dir. Ancak niteliği gereği hamile yazılı kıymetli evraktaki iyiniyetin korunma alanı taşınır eşyaya göre daha geniş olacaktır²⁰. TMK. m. 990, “Zilyet, iradesi dışında elinden çıkmış olsa bile, para ve hamile yazılı senetleri iyiniyetle edinmiş olan kimseye karşı taşınır davası açamaz.” şeklinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, zilyedin elinden rızası dışında çıkan hamile yazılı kıymetli evrakı iyiniyetle iktisap eden kişinin kazanımı korunmaktadır. TTK. m. 659 ve 687. Maddelerde²¹ de hamile yazılı senetlerde def’ilerin ancak senedi iktisap edenin kötünüyetli olması halinde mümkün olacağı düzenlenmiştir²².

Nama yazılı kıymetli evraklar ve kıymetli evraka bağlanmış adi alacaklar ise genel kural olarak Eşya Hukuku kuralları gereğince iyiniyetle iktisap edilemezler. Ancak daha önce belirtilen TBK. m. 19 ve 183’de ki iki istisna burada da uygulanabilir. Muvazaalı bir borç senedine dayanılarak, söz konusu senetteki alacak üzerinde iyiniyetle kazanılmış olan rehin hakkına karşı muvazaalı iddiasında bulunulamaz. Ayrıca tarafların devri yasakladığı ancak kayıt altına almadıkları hallerde de bu senede güvenen ve iyiniyetli olan rehin alanın hakkı korunacaktır²³.

²⁰ Sirmen, a.g.e., s. 22; Sanki kağıt üzerinde rehin kuruluyormuş gibi, teslimine bağlı rehne ilişkin hükümler uygulanır. Akıntürk, a.g.e., s. 869; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 816; Köprülü/Kaneti, a.g.e., s. 385; Edis, a.g.m., s. 156.

²¹ MADDE 659- (1) *Borçlu hamile yazılı bir senetten doğan alacağa karşı, ancak senedin geçersizliğine ilişkin veya senedin metninden anlaşılan def’ilerle, alacaklı her kim ise ona karşı şahsen sahip olduğu def’ileri ileri sürebilir.* (2) *Borçlu ile önceki hamillerden biri arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def’ilerin ileri sürülmesi, ancak senedi iktisap ederken hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması hâlinde geçerlidir.*(3) *Senedin, borçlunun rızası olmaksızın tedavüle çıkarıldığı yolunda bir def’i ileri sürülemez.*

MADDE 687- (1) *Poliçeden dolayı kendisine başvuru alan kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def’ileri başvuran hamile karşı ileri süremez; meğerki, hamil, poliçeyi iktisap ederken bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun.* (2) *Alacağın temlik yoluyla yapılan devirlere ilişkin hükümler saklıdır.*

²² Kötünüyetin, ancak iktisap anında borçlunun def’ilerden haberdar olması ve onun zararına hareket etmesi durumunda kabul edilmesi gerektiği, Akkanat, a.g.e., s. 68.

²³ Sirmen, a.g.e., s. 22; Köprülü/Kaneti, a.g.e., s. 468; TBK. m. 183, “-Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.-Borçlu, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devredilmiş olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez.” şeklinde düzenlenmektedir. YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Emre yazılı kıymetli evrakta da, TTK. m. 686 ve 792. Maddeleri iyiniyete sonuç bağlamaktadır. TTK. m. 686, “-Bir poliçeyi elinde bulunduran kişi, son ciro beyaz ciro olsa da kendi hakkı müteselsil ve birbirine bağlı cirolardan anlaşıldığı takdirde, yetkili hamil sayılır. Çizilmiş cirolar bu hususta yazılmamış hükmündedir. Bir beyaz ciroyu diğer bir ciro izlerse son ciroyu imzalayan kişi, poliçeyi beyaz ciro ile iktisap etmiş sayılır.- Poliçe herhangi bir suretle hamilin elinden çıkmış bulunursa, birinci fıkrada yazılı hükümlere göre hakkı anlaşılan yeni hamil, ancak poliçeyi kötüniyetle iktisap etmiş olduğu veya iktisabında ağır bir kusur bulunduğu takdirde o poliçeyi geri vermekle yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, birinci fıkra göre haklı durumda olan hamil, kötüniyetle ya da ağır kusuru ile bu poliçeyi iktisap ederse geri vermekle mükellef olacaktır. Emre yazılı senetlerde senet hamilinin tasarruf yetkisi olmasa da, iyiniyetli rehin alanın hakkı korunacaktır²⁴.

Alacak rehnine konu olabilen ipotekli borç ya da irat senedinde de iyiniyetli rehin alan tapu sicilinin sağladığı korumadan yararlanabilir. Bu senedi iyiniyetli olarak rehin alan kişiye karşı senedin içerdiği alacağın ve bunu temin eden taşınmaz rehninin geçersizliği ileri sürülemez. Ancak burada rehin alanın iyiniyetinin korunması senet ile tapu sicilindeki kayıtların aynı olması halinde mümkün olur²⁵.

III. SONUÇ

Alacak rehnini adi alacakların rehni ile kıymetli evraka bağlanmış alacakların rehni olarak ikiye ayırmak gerekir. Adi alacakların rehni ise, alacağın senede bağlanmış olup olmaması durumları için bir ayrıma tabi tutulabilir.

Kural olarak alacak rehninin iyiniyetle iktisabı mümkün değildir. Ancak kanun bazı istisnai hallerde buna olanak sağlamıştır.

Bu istisnalardan ilki TBK. m. 19/II’de düzenlenen yazılı borç ikrarına göre iyiniyetle iktisaptır. İkinci hal ise, emin sıfatıyla zilyetlikte karşımıza çıkar. Bu durumda emin sıfatıyla zilyetten alacağı rehin alan kişinin iyiniyeti korunmaktadır. Bir diğer hal ise hamile yazılı kıymetli evraklarda, zilyetin rızası olmadan elinden çıkması halinde bile, iyi niyetin korunmasıdır. Bu durumda da iyiniyetli rehin alanın hakkı korunacaktır. Emre

²⁴ Akıntürk, a.g.e., s. 870; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s. 817; Sirmen, a.g.e., s. 23.

²⁵ Sirmen, a.g.e., s. 23.

yazılı kıymetli evraklarla yapılan alacak rehinlerinde de rehin alanın iyiniyetinin korunduğunu görmekteyiz. Ancak nama yazılı kıymetli evrakla yapılan alacak rehinlerinde iyiniyet korunmamaktadır. İpotekli borç ya da irad senedinde de senet ile tapu sicilindeki kayıtların aynı olması halinde iyiniyet korunacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut: Eşya Hukuku, Beta Basım, İstanbul, 2009.
- Akkanat, Halil: Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Aybay, Aydın, Hüseyin Hatemi: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Bs., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- Ayiter, Nuşin: Eşya Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1983.
- Edis, Seyfullah: Türk Medeni Hukukunda İyiniyet, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, 1972.
- Ertaş, Şeref: Eşya Hukuku, 5. Bs., Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Erten, Ali: İyiniyetin Korunmadığı Hukuki Durumlar, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, 1972.
- Esener, Turhan, Kudret Güven: Eşya Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Gürsoy, Kemal, Fikret Eren, Erol Cansel: Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1978.
- Hatemi, Hüseyin, Emre Gökyayla: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- İmre, Zahit: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1980.
- Köprülü, Bülent, Selim Kaneti: Sınırlı Ayni Haklar, Fakülteler Matbaası, 2. Bs., İstanbul, 1982.
- Nomer, Haluk N: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir: Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011.
- Oğuzman, M. Kemal, M. Turgut Öz: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- Reisoğlu, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel hükümler, Beta Basım, İstanbul, 2014.

Sirmen, Lale: Alacak Rehni, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1990.

Sirmen, Lale: Eşya Hukuku, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2013.
(Eşya)

Şensöz, Ebru, Arif Barış Özbilen, Burcu Savaş: “Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı”, İTÜSBD., Y.4, S. 8, 2005/2, s. 233-252.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop: Tekinay Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Utku, Doruk: Sınai Hakların Rehni, Ankara, 2009.

**6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA
KANUN'DAKİ İDARİ CEZALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ**
(AN EVALUATION OF ADMINISTRATIVE SANCTIONS UNDER THE LAW ON THE
PROTECTION OF CONSUMER (N.6502))

Öğr. Gör. / Adj. Prof. Kemal BERKARDA*

ÖZET

Bu makale, beş bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölümde; “İdare Hukuku - Kapitalizm” etkileşimi içinde “Kamu Hukuku”nun esasen bir “Özel Hukuk” alanı olan “Türk Tüketici Hukuku”na “Özel İdari Kolluk” (=“Regülasyon”) kimliği ile girişi açıklanmaktadır. İkinci Bölümde; 1982 Anayasası’nın 13üncü maddesinin ışığı altında 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’daki (=“Kanun”) “idari-kamusal” düzenlemelerin Anayasal “kaynaklar”ı ve “meşrulu(ğ)”u gösterilmektedir. Üçüncü Bölümde; Türk İdare Hukukunda idari işlem yapma yetkisinin “aidiyet”i ve Kanun’daki “Reklam Kurulu”nun “kamu görevlisi olmayan” bazı üyelerine de tanınan “idari işlem yapma yetkisi” irdelenmektedir. Dördüncü Bölüm’de; Kanun’daki “idari yaptırımlar”da “takdir yetkisi”nin kullanımı ve idari yargı denetiminde “yerindelik” sorunu ele alınmıştır. Beşinci Bölümde; Kanun kapsamındaki idarî cezalardan kaynaklanan ve “idari yargı”nın görev alanına giren davalara ilişkin bazı tespitlere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici hukuku, regülasyon, idari kolluk, idari cezalar, takdir yetkisi, yerindelik, idari yargı denetimi.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, **e-posta:** mkberkarda@gmail.com

ABSTRACT

The article is composed of five sections. Section One explains the entrance of “Public Law” into “Turkish Consumer Law” based on its “Specialized Administrative Police-Power” (=“Regulation”) identity in connection with the “Administrative Law–Capitalism” interaction. Section Two points at the “sources” -and as well as the “legitimacy”- of “administrative–public” regulations, as designed in the Consumer Protection Act (n.6502) (=“the Act”) under the light of 1982 Constitution’s 13th article. Section Three explicates “the state of belonging” of administrative decision-making power in Turkish Administrative Law and evaluates some “non-public servant” members’ status on the “Advertisement Board”, as individuals authorized to exercise such power. Section Four deals with the exercise of “discretionary power” when issuing “administrative sanctions”, and the issue of “expediency” in administrative judicial review. Section Five contains some remarks on cases stemming from administrative sanctions issued according to the Act and falling under the jurisdiction of the “administrative judiciary”.

Keywords: *Consumer law, regulation, administrative police-power, administrative sanctions, discretionary power, expediency, administrative judicial Review.*

GİRİŞ

Tebliğimin başlığı her ne kadar **6502** sayılı “**Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**”¹un (=“TK”) “**Ceza hükümleri**” kenarbaşlıklı **77**nci ve “**Cezalarda yetki ve itiraz**” kenarbaşlıklı **78**inci maddeleri ile sınırlı bir hukuksal çerçeveye işaret ediyorsa da; konuyu andığım maddelerden “**başlayarak**” değil, onlara “**vararak**” ele almayı tercih ediyorum. Bu düşünceyle tebliğimi beş başlıkta ve şu alt-konular üzerinde kurguladım:

¹ Resmi Gazete (= “RG”), 07.11.2013, S. 28835.

(I) “İdare Hukuku - Kapitalizm” etkileşimi içinde “Kamu Hukuku”nun “Özel Hukuk” alanına “giriş”i yani “İdari Kolluk”² ve onun alt-başlığı “Özel İdari Kolluk”³ bağlamında “Türk Tüketici Hukuku”;

(II) 1982 Anayasası (=“1982 AY”)'nın 13üncü maddesinin ışığı altında, TK'daki “idari-kamusal” düzenlemelerin Anayasal “kaynaklar”ı ve “meşrulu(ğ)”u;

(III) İdare Hukukumuzda idari işlem yapma yetkisinin “aidiyet”i ve TK'da “Reklam Kurulu”nun “kamu görevlisi olmayan” bazı üyelerine de tanınan “idari işlem yapma yetkisi”nin irdelenmesi;

(IV) TK'daki “idari yaptırımlar”da “takdir yetkisi”nin kullanımı ve idari yargı denetiminde “yerindelik” sorunu;

(V) TK kapsamındaki “idari davalar”ın “idari yargılama usulü” açısından değerlendirilmesi.

² “İdarenin kolluk alanındaki etkinliklerinin yürütülüş biçimine bakanlar, (onu) bir yandan çeşitli isimler altında ‘izin’ verme, öte yandan da bireyler ve topluluklarının *nasıl davranmaları gerektiğine* ilişkin krallar koyma, konulmuş bulunanları uygulama ve aykırı davranışlar görüldüğünde de yaptırımlar tertipleme şeklinde görü(r)ler (...) İdarenin kolluk alanındaki hizmetleri koruyucu olduğuna göre bunun neye yönelik olduğunu belirlemede yarar vardır. Bu tür etkinlikler yoluyla korunmak istenen ‘**kamu düzeni**’nin kendisidir. Yalnız kamu düzeninin korunması önce bozulmasını önlemek ve engellemek, bu yeterli olmayıp yine de bozulursa geri getirmek suretiyle mümkündür. **Kolluk, İdarenin hak ve özgürlüklere en fazla karışabildiği bir alan(dır).**” (altını ben çizdim) (= “abç”) ÖZAY, **İl Han : GÜNIŞIĞINDA YÖNETİM**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s.722-723.

³ “**Özel İdari Kolluk** terimi genellikle iki anlamda kullanılmakta ve bu kamusal etkinliklerin hemen hemen her alanına yayılmış bir biçimde olduğundan da çoğulla anlatmak gerek(mektedir). **Birinci anlamı ile ‘özel idari kolluk’, genelin amaçlarından bir ya da birkaçına yönelik olmakla birlikte farklı bir hukuksal düzene bağlı tutulmuştur.** Örneğin, ‘**mailli inhidam**’ denilen yıkılmaya yüz tutmuş tehlikeli, rahatsız ve sağlık koşullarına uymayan yapılar hakkındaki ‘**imar koluğu**’ bir yandan ‘**güvenlik**’ öte yandan da ‘**sağlık**’ ve ‘**dirlik-esenlik**’ gibi genel koluğun temel amaçları ile doğrudan ilgili bulunsa bile, İmar Kanunu ile özel bir düzenlemeye bağlanmış(tır). (...) Bununla beraber asıl ‘**özel idari kolluk**’lar kavramın ikinci anlamına uygun olarak karşımıza çıkanlardır. **Buna göre amaç genel idari koluğun yöneldiği güvenlik, sağlık, dirlik-esenlik dışında ve tamamen farklı bir alan ve konuda korunmak ve sağlanmak istenen bir düzendir.** Örneğin (...) (b)izde (...) *tarım, orman, hayvan sağlığı, sanayi tesisleri, gümrük, sınır ve kıyılar ile buralarda sağlık, turizm, tekel, banka ve sigorta, av, yabancılar, at yarışları ve talih oyunları* alanında özel idari ‘**hizmet kollukları**’ndan söz etmek mümkündür.” (abç) ÖZAY, *ibid.*, s.734-735.

I. ÇAĞDAŞ KAPİTALİZMDE İDARE HUKUKUNUN ROLÜ VE ÖZEL HUKUKA “KATKI”SI:

Genel olarak “**tüketici**” kavramının 19uncu Yüzyıl sonlarında olgunlaşmaya başladığı kabul edilmekte ise de, bağımsız bir hukuk dalı kimliği ile “**Tüketici Hukuku**”nun doğumu için 1960’ların beklenmesi gerekmiştir.⁴ Hem tüketici kavramının, hem Tüketici Hukukunun öncelikle Amerika Birleşik Devletleri’nde (=“**ABD**”) kamu hayatının gündemine girmiş olması rastlantı değildir. Dönemin ABD Başkanı John F. **KENNEDY**’nin (1961-1963) 15 Mart 1962 tarihinde konuyu Amerikan Kongresi’nin huzurunda gündeme getirip kamusal tartışmayı başlatmış olmasının milat sayıldığı anlaşılmaktadır.⁵ Kanımca, Kennedy’nin tüketici hakları konusuna eğilmiş olmasının, kendisi gibi Demokrat Parti’den 1932’de başkan seçilen Franklin D. **ROOSEVELT**’in (1933-1945) başlattığı, benim de kişisel terim tercihim sonucu “**Amerikan kapitalizminin İdare Hukuku ile terbiyesi**”⁶ diye adlandırdığım “**yaklaşım**” çerçevesinde yorumlanmasında yarar vardır. **ROOSEVELT**’in “**1929 Büyük Bunalımı**”na (=“**Great Depression**”) koyduğu teşhis; “**Büyük (Amerikan) Sermaye(sinin)**” (=“**Big Business**”) herhangi bir kamusal kısıtlama ile karşılaşmadan “**Özel Hukuk**” kapsamında ve “**sözleşme**” rejimi içinde piyasa etkinliklerini sürdürmesine izin verilmiş olmasının krize yol açtığıdır. Öyleyse, Özel Hukukun yanı sıra “**İdare Hukuku**” (=“**Kamu Hukuku**”) da devreye sokularak; “**normlar hiyerarşisi**”nin çeşitli kademelerindeki “**idari işlemler**” yoluyla, herhangi bir piyasaya girişin “**ruhsat**”a bağlanmasından, yasal düzenlemelere aykırı fiillerin “**yaptırımlar**” ile cezalandırılmasına kadar bir dizi “**kamusal kayıt ve kısıtlama**” altında yeni bir “**iktisadi hukuk düzeni**” kurulmalıdır.

Bir başka anlatımla, Borçlar Hukukunun kendi “mantıksal kurgu”su gereği “Büyük Sermaye”ye, ister istemez, “Özel Hukuk sözleşme-

⁴ **KARA, İlhan** : TÜKETİCİ HUKUKU, Engin Yayınevi, Ankara, 2012, s.31.

⁵ ibid.

⁶ Bu çalışmada ABD Hukuku üzerine yapılan açıklama ve yorumların tamamı için bkz. **BERKARDA, Kemal**: “**Amerika’da İdare Hukuku Var mı?**”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (=İHİD), Pertev Bilgen’e Armağan Özel Sayısı, C.13, S.1, İstanbul, 2000, s.87-107. Ayrıca, Amerikan Hukuku üzerine yazılmış gayet ayrıntılı bir kaynak olarak bkz. **ŞAHİN, Cenk**: **AMERİKAN FEDERAL İDARE HUKUKUNDA “REGÜLASYON” (VE TÜRK İDARE HUKUKUNA YANSIMALARI)**, (doktora tezi), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

si” ilişkisi içinde olduğu “Tüketici” ile hemen hemen “denk(miş)” gibi “muamele” etme zorunluluğunun bulunması ve Kapitalizmin 20nci Yüzyıl’da ulaştığı “gelişmişlik düzeyi”nde artık bu “mevcut düzen”in “kamusal ölçekli” sorunlarla başa çıkamaması yüzünden; bu defa “Büyük Sermaye”ye, “egemenlik”ten türetilmiş “kamu gücü”nü kullanabilen yani “tek taraflı idari işlem” yapma kudreti ile donatılmış “İdare”nin “müdahale” etmesini öngören bir “yeni düzen”e “evrilme” zamanı gelmiştir. Hiç kuşkusuz, bu “yeni düzen” hâlâ ve yine de “Özel Hukuk kaidesi” üzerinde oturmaya devam edecektir. Sermaye-Tüketici ilişkisi elbette bir “sözleşme” yani “Özel Hukuk-Borçlar Hukuku” ilişkisi olma niteliğini koruyacaktır. Yalnızca, “İdare Hukuku” da Özel Hukuk-Borçlar Hukukuna “omuz” verecektir.

Hemen vurgulamam gerekir ki Roosevelt’in başlattığı ve 20nci Yüzyıl’ın sonuna gelindiğinde gezegenin dört bir yanında “kopyalanmış” olan “idari” nitelikli “düzenleme” (=“regulation”) ve “denetleme” (=“monitoring”) yaklaşımının mutlak surette “bağımsız kurullar”ca⁷ (=“independent commissions”) yürütülmesinin gerektiği “zan”ı “teorik” açıdan da “pratik” açıdan da “yanlış”tır. Ne yazık ki ülkemizde, kabaca yirmi yıldır, “regulation tarzı düzenlemeler” için mutlaka “bağımsız kurullar” kurulması gerektiği söylenegelmektedir. Oysa, örneğin merkezi idare içindeki bir bakanlığın veya taşradaki valinin de, esasen –bizim terminolojimizde- “Özel İdari Kolluk”tan başka bir şey olmayan Tüketici Hukuku alanındaki “regulation yetkisi”ni kullanmasına hiçbir Anayasal-yasal-teorik engel yoktur. Tüketici Hukuku alanının dışına çıkıp, “Türk Bağımsız Kurulları” bağlamında çok basit ama aydınlatıcı bir örnek vermem gerekirse; “Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu” diye bir idari yapı mevcut değilken, günümüzde adı geçen örgütün kullandığı yetkileri “Devlet tüzel kişisi” içindeki –eski adı ile- “Sanayi ve Ticaret

⁷ Aslında, yeryüzünün ilk “düzenleyici İdaresi” olarak 1887’de kurulan ve “demiryolu taşıma ücretleri”ni düzenleme yani “demiryolu tarife kolluğu” yapma yetkisi ile donatılan “Interstate Commerce Commission”, türünün “ilk örneği” olması bakımından ROOSEVELT’in de esin kaynağıdır. Öte yandan, ROOSEVELT, bunların 1933’ten başlayarak iktisadi hayatın bütün alanlarına (=sermaye piyasası, bankacılık, işçi-işveren ilişkileri, kara-hava-denizyolları taşımacılığı v.d.) yayılmalarını sağlamıştır. Bu sayede, şirketler artık tüketici ile hukuksal ilişkiye girerken, eskiden olduğu gibi yalnızca Borçlar Hukukuna göre şekillendirilmiş değil, İdare Hukuku düzenleme ve yaptırımlarına da “bağlanmış” sözleşmeler yapmak zorunluluğu ile karşı karşıya bırakılmışlardır. YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Bakanlığı" kullanıyordu. *Şimdi BDDK'nın kullandığı yetkiler eğer "regulation" ise, çünkü Bakanlık yetkilerinin İdare Hukukundaki "ad"ı neydi?* Yabancı dili bir kenara bıraktığımızda; ister "dün"ün ister "şimdi"nikiler olsun, sözü edilen yetkilerin "**klâsik**" İdare Hukukumuzun "**Özel İdari Kolluk**" başlığı altında yer aldığı apaçıktır.⁸

6502 sayılı TK'yı öneren Yürütme ile çıkaran Yasama organlarına şu noktada "**müteşekkiri**" olmamız gerektiğini içtenlikle düşünüyorum: Eğer TK, "**selef**"i olan 4077 sayılı Kanun'un sistemini terk edip bir "**TÜHA-DEK**" (= "**Tüketici Hakları Düzenleme ve Denetleme Kurumu**") kursaydı –ki hiçbir Anayasal engel yoktur–; o takdirde, 6502 sayılı metinde halen "**Bakanlık**", "**valilikler** ve "**Reklam Kurulu**"na bırakılmış yetkileri böylesi bir "**Kurum**" ve onun karar organı konumundaki "**Kurul**"un kullanılması, öğretide –gene– "**hararetili Anayasal meşruluk**" tartışmalarına yani müthiş bir zaman kaybına yol açacaktı. Umarım ki bu yazdıklarım ileride bu tür bir idari örgütlenmeye gitmek bakımından Yasama organını "**heveslendirmez**", Yürütme organına da böyle bir kanun tasarısı ile Yasama huzuruna çıkmaya "**ilham**"ını vermez.

II. "İDARİ KOLLU(Ğ)"UN ANAYASAL TEMELİ OLMASI YÖNÜNDE 1982 ANAYASASI'NIN 13ÜNCÜ MADDESİ VE 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'UN 77NCİ MADDESİ:

Esasen, 1982 AY'nın 13üncü maddesi "**temel hak ve özgürlükler**"in kullanılma koşulları bakımından yalnızca "**Anayasa Hukuku**" ve "**İdare Hukuku**"nun değil, hukuk düzenimizin tamamının "**temel**"idir.⁹ Doğru-

⁸ Doğrudan tebliğ konumuyla ilgisi olmadığı için, "*Amerikan Hukukundaki 'regulation' kavramının Türk İdare Hukukundaki karşılığı nedir?*" tartışmasını uzatmak istemiyorum; yukarıda 2nci, 3üncü ve 6ncı dipnotları (= "**dn**") ve ilişkili metinleri hatırlatmakla yetiniyorum.

⁹ 1982 AY'nda "*II. Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi*" kenarbaşlıklı 167nci madde olmasaydı, gerek "**bağımsız kurullar**"ın gerek "**regulation**"un "**anayasal dayana(ğ)**"ının kuşkuyla veya tartışmalı hale geleceğini düşünen; hatta, 167nci maddeye rağmen "**bağımsız kurullar**"ın Türk İdare Teşkilatı şemasındaki yerlerinin de tartışmaya açık olduğunu ileri süren hayli kalabalık ve etkili bir hukukçu grubu mevcuttur. Kanımca, ne "**bağımsız kurullar**" ne de "**regulation**" varlığını 167nci maddeye borçludur. Cumhuriyet tarihi kadar uzun süredir "**kamu tüzel kişileri**"ni *nasıl* ve *niçin* kuracağını bilen ve halen 1982 AY'nın 123üncü maddesinde de bunu "**tespit etmiş**" (= "**sabitlenmiş**") olan Türk İdare Hukukunda; yukarıda da vurguladığım üzere, "**Özel İdari Kolluk**"tan başka

dan ve salt İdare Hukukunu “**ilgilendiriyor**”muş gibi görünen 13üncü madde ile örneğin, bir “**İl İdaresi Kanunu**”nun valilere tanıdığı düzenleyici ve sınırlayıcı idari işlem yapma yetkileri nasıl “**sıkı-sıkıya**” bağlıysa; örneğin, “**mülkiyet hakkı**” ve “**sözleşme özgürlüğü**”nü düzenleyen –ve yerine göre- sınırlayan bir “**Borçlar Kanunu**” da *aynı* ölçüde 13üncü maddeden “**meşruluk**” almak zorundadır. İl İdaresi Kanunu’nun “**İdare**”ye, Borçlar Kanunu’nun ise “**âkitler**”e yönelik olarak kaleme alınmış olması bir önceki cümledeki “**meşruluk**” ölçütünü değiştirmez.¹⁰

Ülkemizde, Tüketici Hukukunda da çeşitli “**kamusal**” nitelikli ve aynı zamanda Türk İdaresi’ne gerek “**yönetmelik**” ve “**yönetmelik benzeri**” düzenleyici işlemler, gerek “**idari yaptırım**” konulu “**birel-koşul işlemler**” yapma yetkisi veren yasal düzenlemeler mevcuttur.¹¹ Sermaye-Tüketici arasında yapılan “**sözleşmeler**”in bazı boyutlarını yönetmelik ve benzeri “**soyut**” işlemler üzerinden “**düzenleyip**” (=“**müdahale**”), daha sonra da bunları “**somut**” hukuksal durumlara birel-koşul işlemler yoluyla uygulamak, tartışmayı doğrudan 1982 AY’nın 13üncü maddesinin kapsamına sokmaktadır:

“II. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması

Madde 13 – (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve

bir şey olmayan ve klâsik İdari Kolluk mantığında yer aldığı biçimiyle “**özel hukuk etkinliklerine İdare Hukuku müdahalesi**”nde bulunmaya olanak tanıyan “**regulation**” için de 13üncü madde zorunlu ama yeterli dayanaktır. Aksi takdirde, 1982 AY’nda - “**regulation**” bir tarafa- öncelikle “**İdari Kollu(ğ)**”un anayasal dayanağı veya dayanaklarının ne veya neler olduğu sorusuna da mantıklı-makul-“**doğru**” bir teknik hukuk cevabı vermek imkanı ortadan kalkar.

¹⁰ Her ne kadar “**malumu ilam**” etmek anlamına gelecekse de, örneğin AYM’nin yıllık “**kira artış oranı**”na – üstelik hiçbir “**idari makam**”ın katılımı olmaksızın ve *doğrudan* “**Yasama**” eliyle- “**sınırlama**” getiren yani “**sözleşme özgürlüğü**”nü sınırlayan Kanunu, “**görülmede olan dava**” yoluyla önüne getiren yerel hukuk mahkemesinin dilekçesinde yer de verilmemişken, 13üncü maddeye göre “**denetleme ısrarı**” sanıyorum, “**kendi meramını kendi anlatır**” niteliktedir. (Anayasa Mahkemesi (=“AYM”), E.2001/303, K.2001/333, K.T.19.07.2001 - R.G., 15.09.2001, S. 24524.).

¹¹ Bkz. aşağıda 14 ila 18inci dn ve ilişkili metin.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”¹²

Yukarıdaki metne İdare Hukuku bakışı ile yöneltilebilecek en önemli eleştiri, belki de maddenin kenarbaşlığında “**düzenleme**” kavramına yer verilmemiş olmasıdır. Gerçekten de temel hak ve özgürlükleri “**sınırlandırma**” yetkisine sahip olmak demek, her halde, “**evleviyetle**” bunları “**düzenleyebiliyor**” olmayı gerektirir. Anayasa Hukuku açısından bu “**nüans**” önemli ama “**hayati**” bir nitelik taşıyor, görünebilir. Oysa, İdare Hukuku açısından konuya baktığımızda, İdarenin her türlü etkinliğinin “**asgari**” hareket noktasını “**İdarenin yetkisizliği**” ilkesinin oluşturduğunu hep hatırlamak gerekmektedir.¹³ Dolayısıyla, “**mülkiyet hakkı**” ve “**sözleşme özgürlüğü**” gibi Anayasal güvenceye sahip kılınmış temel hak ve özgürlüklere yapılacak “**idari müdahaleler**” için *Anayasa-Kanun düzeylerinde* “**açık**” dayanak bulma zorunluluğundan vazgeçilemez. Bu hukuksal olgu, yapılacak müdahalelerin hem “**konu-içerik**” yönünden hem de bu müdahalelerin “**ara(c)**”ı işlevini gören idari işlemlerin “**kendi ayakları üzerinde durabilmeleri**” bakımından “**meşruluk**” kaynağıdır.

1982 AY'nın 13üncü maddesinde, öyleyse, iki boyut öne çıkmaktadır:

(i) “**Kanun**” ile “**(düzenleyerek) sınırlama**”;

¹² 1982 AY'nın 2001 değişikliğinden önceki metni ile 2001 metni karşılaştırıldığında, Türk Hukuku için kanımca “**iftihar**” edilmesini gerektiren çok önemli “**iyileştirmeler**” yapıldığı görülmektedir: Öncelikle, 1961 metninde yer alan “**öze dokunma yasağı**”nın dönüşü Hukuk Devleti adına büyük bir kazanım olmuştur. Yine, değişiklikten önceki metinde “**kanunla sınırlama**” diye anlatılan ilke, “**ancak kanunla sınırlama**” vurgusuna kavuşmuştur ki bu gelişmeye de ancak şükredilebilir. Metnin 2001 değişikliğinden önceki halinde temel hak ve özgürlükler hem 13üncü maddedeki “**genel sınırlama sebepleri**”, hem de kendilerini düzenleyen maddelerdeki “**özel sınırlama sebepleri**” ile tam bir “**kanpan**”a sıkıştırılmışken, 2001 metni ile “**genel sınırlama sebepleri**” ortadan kaldırılmıştır. Saydığım bu fevkalade olumlu iyileştirmelerin yanı sıra, anayasa yargısı ve idari yargı içtihadında zaten çoktan tanınmış olan “**ölçülülük**” ilkesinin açıkça düzenlenmiş bir “**anayasal ilke**” düzeyine yükseltilmesi ile de 13üncü madde “**taç**”landırılmıştır.

¹³ “İdare adına irade açıklayanlar gerçek kişilerdir. Ama bu iradenin oluşturduğu işlemler, söz konusu kişilerin işgal ettikleri makamların kanunlar gereğince üstlendikleri görev ve sorumluluklar nedeniyle yapılır. (...) Gerçekten de, idare hukukunda belli yetkileri ancak, kanunla yetkili kılınmış belli organ ve makamlar kullanabilirler. *Bunun içindir ki, idare hukukunda kural yetkisizliktir.. Bir görevlinin yetkili olabilmesi için açık kural gereklidir.*” (abç) YAYLA, Yıldızhan : İDARE HUKUKU, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2009, s. 117.

(ii) “**Sınırlama**”nın hukuksal etki alanını yani “**menzil**”ini (= “**öze dokunmama**”) belirlerken, özellikle “**ölçülülük**” ilkesine uygunluk.

Birinci boyut, 1982 AY’nın “**VII. Yasama yetkisi**” kenarbaşlıklı 7nci maddesindeki “**Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez**” ilkesine uyulması, daha doğrusu bu ilkenin “**korunması**”na ilişkindir. Bu ilke aynı zamanda, az önce değindiğim üzere, “**İdarenin yetkisizliği**”nin asıl olduğu bir İdare Hukuku teorisi için de “**olmazsa olmaz**” bir meşruluk kaynağıdır. İkinci boyuta gelince; burada da “**ölçülülük**” ilkesi bağlamında “**takdir yetkisi**”nin öncelikle Yasama tarafından “**kanun**”, sonra Yürütme-İdare tarafından “**(idari) düzenleyici işlemler**” düzeyinde *nasıl* kullanılmasının gerekeceği sorularına cevap bulmak gerekir.¹⁴ İdarenin yetkilerinin tamamı Anayasakanun düzeyinde belirlilik kazanan “**Yasama iradesi**”nden türetilmek zorunda olduğundan, incelenen her olayda kanunkoyucunun takdir yetkisinin “**kontur**”larını nasıl çizdiği, salt “**biçimsel**” bir kanunu kabul ederek “**yasama yetkisinin devredilmezliği**” ilkesini mi çiğnediği, İdari Kolluk içerikli her kanuni düzenlemede tartışılmak zorundadır.

İdari Kolluk içerikli bir kanunun söz konusu iki boyuta da uygunluğunun AYM tarafından nasıl denetleneceği, başka bir anlatımla böyle bir kanunun “**Anayasallık testi**”nden nasıl geçeceği konusunda elimizde gayet aydınlatıcı bir karar mevcuttur: AYM, “**imar para cezaları**”na ilişkin olan 3194 sayılı **İmar Kanunu**’nun 42/1inci maddesindeki “**(...) 500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir**” ile aynı maddenin 2nci fıkrasındaki “**(...) 500 000 TL. dan 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir**” ibarelerini iptal ederken şu gerekçeye dayanmıştır:

“İtiraz konusu kuralda, alt ve üst sınırları gösterilmek suretiyle imar para cezası düzenlenmiştir. *Yasa’yla gösterilen bu sınırlar arasında elli kat bulunmaktadır. Alt ve üst sınır arasındaki bu geniş alanda, idareye, cezayı belirleme olanağı, başka bir deyişle cezanın alt ve üst sınırları arasında alt sınırdan, alt sınırın üstünde veya üst sınırdan ceza verme konusunda takdir hakkı tanınmıştır. (...) İdari makamların Yasa’nın belirlediği sınır-*

¹⁴ Teorik olarak, “**ölçülülük**” ilkesinin, kanunların İdareye yalnızca “**takdir yetkisi**” tanıdıkları konularda değil, “**bağlı yetki**”nin öngörüldüğü hallerde de aranması gerekir. Diğer taraftan, biraz sonra ele alacağım takdir yetkisinin yargısal denetimi ve “**yerindelik sorunu**”nu akılda tutarak, bu çalışmada tartışmanın asıl “**karmaşık**” olan “**takdir yetkisi-ölçülülük ilkesi**” etkileşimi üzerinde durmayı önemsiyorum.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

lar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa'da gösterilmemiştir. Yasa'yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde (...) (i)darelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. *Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir. Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir. Yasakoyucu(nun) (...) imar hukukuna uygun geçerli sebepler ve objektif ölçütleri yasada göstermesi gerekir. Cezanın Yasa'da gösterilen sınırlar arasında idarece belirlenmesinde, yapının, taşkın, heyelan, kaya düşmesi gibi afet alanlarında bulunan, sıhhi ve jeolojik mahsurları olan veya bunlar gibi tehlikeli durumlar göstermesi nedeniyle imar planlarına veya ilgili idarelerce hazırlanmış, onaylanmış raporlara göre yapılması yasak olan alanlara, imar planlarında umumi hizmet alanlarına, kamu tesis alanlarına ve yapı sahibine ait olmayan alanlara yapılması; hangi amaçla yapıldığı, (...) aynı bölgede emsal yapılar için uygulanan imar para cezaları; kente ve çevreye etkisi; bitmiş ve kullanılabilir durumda olması gibi ölçütlere yer verilmemiştir.*¹⁵ (a.b.ç.)

Geldiğimiz noktada, sıra, Tüketici Hukuku için 13üncü maddeyle birlikte adeta “**elektrik devresi**” gibi bir “**İdari Kolluk devresi**” oluşturan 172nci maddeye gelmektedir:

“A. Tüketicilerin korunması

Madde 172 – Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.”

Maddenin sözünü ettiği “koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler” de, “tüketicilerin (...) teşviki” de hem “Özel Hukuk”, hem de “Kamu Hukuku”na açık kavramlardır. Bir taraftan “sözleşme ilişkisi”ni düzenleyip, yapılacak “Özel Hukuk” sözleşmelerini belirli ölçütlere bağlayarak; diğer taraftan “İdare”ye, “ikincil dereceli-kanun altı” yönetmelik ve benzeri düzenleyici işlemleri yapıp “birel durum”lara –“yaptırımlar” dahil- uy-

¹⁵ AYM, E.2005/5 , K.2008/93 , K.T.17.04.2008 - R.G.05.11.2008, S.27045.

gulama yetkisini tanıyarak 172nci madde, 6502 sayılı TK metninin de katıldığı üzere, bir “**karma hukuk**” düzenini öngörmüştür.¹⁶

6502 sayılı TK’nın “**Ceza hükümleri**” kenarbaşlıklı 77nci ve “**Cezalarda yetki ve itiraz**” kenarbaşlıklı 78inci maddelerini¹⁷ yukarıda AYM’nin çizdiği Anayasal çerçeve içinde okuduğumuzda, İdare Hukuku gözüyle yapılabilecek bazı tespitler şöyledir:¹⁸

TK’nın 77nci maddesi yönünden:

(i) “**İdari ceza**” yaptırımlarının “**sebeplere**” unsurları, TK içindeki maddelere yapılan açık atıflarla “**belirli ve öngörülebilir**” haldedir.

(ii) “**Ceza tutarları**” yani yaptırımların “**konu**” unsuru, maddenin tamamındaki ve atıf yapılan TK maddelerindeki “**sebeplere**” unsurlarına göre “**kademeli**” gidiyor görünmekte ve “**ölçülülük**” ilkesi yönünden herhangi bir Anayasal sorun yokmuş, izlenimini uyandırmaktadır.

(iii) Reklam Kurulunun “**Özel İdari Kolluk**” yetkileri bakımından, 12nci fıkradaki, “**durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası ve gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası uygulanır(,) Reklam Kurulu, ihlalin niteliğine göre bu cezaları birlikte veya ayrı ayrı verebilir**” ibaresi; hem “**para cezası**” dışındaki yaptırım seçeneklerini de öngörmesi, hem de bunların “**ihlal**”in niteliğine

¹⁶ Yine de şu kişisel düşüncemi ortaya koymak istiyorum: 1982 AY “**tüketicilerin korunması**” yönünde bir düzenleme içermeyebilirdi. O takdirde, 13üncü maddenin yanı sıra, “**mülkiyet hakkı**”nı düzenleyen ama bunun “**kamu yararı**” için “**sınırlandırılma**”sına da imkan tanıyan 35inci ve “**özel girişim ve sözleşme**” özgürlüklerini güvence altına alan ama bunların “**milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri(n)**” alınması talimatını – Devlet’e- veren 48inci maddeler, şu an yürürlükteki 6502 sayılı TK’nın aynen yürürlükte olması için de yeterli Anayasal dayanaklardır. Öyleyse, “**tüketicinin korunması**”nın “**Anayasa normu**” düzeyine yükseltilmesinin “**teknik hukuk**”taki değeri nedir? Bir Anayasa normu varken, kanunkoyucunun “**yapıp yapmama takdiri**” olmaz, “**yapma zorunluluğu**”u olur.

¹⁷ TK’nın 63üncü maddesinin “**Reklam Kurulu**”na tanıdığı “**idari yaptırım**” yetkileri aşağıdaki “**III**” numaralı başlık altında ele alınacaktır.

¹⁸ Tüketici Hukukunun “**omurgası**”sını oluşturan Özel Hukuk-Borçlar Hukuku “**aks**”ında hemen hiçbir uzmanlığa sahip değilim. Dolayısıyla, bu alt-başlıktaki değerlendirmelerimin yalnızca Anayasa Hukuku-İdare Hukuku bağlantılı Anayasal ve teorik temellerden beslendiğini vurgulamayı önemli ve zorunlu görüyorum. Bir başka anlatımla; Tüketici Hukuku uzmanları, bazı yaptırımların “**sebeplere**” ve “**konu**” unsurları arasında “**Borçlar Hukuku**” mantığı ile bazı tutarsızlıklar bulabilir veya bulmuş olabilirler.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

göre “**kümülatif**” halde uygulanmasına imkan tanıması yönünden Anayasal sisteme uygundur.

(iv) Yaptırımların “**muhatap**”ları bakımından gerek maddenin fıkralarında, gerek atıfta bulunulan TK maddelerindeki “**belirlemeler**” açık ve anlaşılır görünmektedir.

TK'nun 77 ve 78inci Maddeleri Birlikte Ele Alındığında:

(v) Bir yandan **Gümrük ve Tekel Bakanlığı (=Bakanlık), Reklam Kurulu ve Valiliklerin** hangi yaptırım yetkilerini kullanacaklarının 78inci maddede sayılmış; öte yandan, “**Bu maddenin (=77nci madde) uygulanmasında oluşacak tereddütleri giderme**” yetkisi ile 84üncü maddedeki “**yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler**”i yapma yetkisinin Bakanlığa tanınmış olması, İdari Kollukta sıklıkla karşılaştığımız ve bazen ciddi uygulama karmaşasına yol açabilen “**kollukların yarışması**”¹⁹ olgusuna karşı –hiç olmazsa “**teorik**” düzlemde- önlem alınmış olduğunu göstermektedir. Aksi takdirde, 78nci maddenin yaptırımlar için öngördüğü üç işlem “**oda(ğ)**”ının (=Bakanlık, Reklam Kurulu, Valilikler) varlığı, “**yetki çatışmaları**” için gayet elverişli bir “**idari ortam**”a kapı açabilirdi. Anılan yasal düzenlemeler buradaki “**patronaj**”ın Bakanlığa bırakıldığını; dolaısıyla, “**bir ilin Valisi 77nci maddenin şu fıkrasını böyle, diğeri ise şöyle yorumluyor**” şeklindeki uygulama farklılıklarının ortaya çıkma ihtimalinin ciddiye alınıp önlem getirilmek istendiğini kanıtlamaktadır.

¹⁹ “**Yarışma**” yani Fransızca deyiimiyle ‘**concour**’, eski dilde ‘**telahuk**’ denilen ve Özel Hukuk alanında örneğin aynı konuları düzenleyen hükümler içeren birden fazla toplu iş sözleşmesinin bulunması halini anlatan bir terimdir. İdare Hukukunda da, bir taraftan genel kolluk yetkilerinin hem Devlet idaresi hem yerel yönetim görevlilerinde bulunması dolayısıyla çeşitli düzenlemeler arasında ‘**tedahül**’ yani birbirinin içine girmesinin söz konusu olması ve bundan bazı hüküm uyuşmazlıklarının doğması, öte yandan genel ile özel idari kolluklardan bazılarının aynı konulara ilişkin bulunması, konuları ayrı olanların da çoğu kez yakın ve ilintili görülmesi nedeniyle benzeri bir durum gerçekleşebilmektedir. (...) Kollukların ve yetkilerin yarışmasında karşılaşılan en önemli sorunlardan biri de ‘**yetki genişliği**’ (dir). (...) İşte *hiyerarşi-yetki genişliği* (...) arasında gözetilmesi gereken ölçü ve denge ‘**kollukların yarışması**’ konusunu çok önemli bir sorun haline dönüştürebilmektedir.” ÖZAY, ibid., s.750-751. Değerli Hocam ÖZAY’ın Merkezi İdarenin “**Başkent**” ve “**Taşra**” örgütleri arasında ve “**yetki genişliği**” bağlamında yaptığı tespit tam da TK’nın hem “**Bakanlık**” hem “**Valiler**”i yetkilendiren sisteminin uygulanmasında – ÖZAY’ın özgün metinde bizzat altını çizmiş olduğu haliyle- “**çok önemli bir sorun**” haline dönüşmeyecekse, bunun güvence ve aynı zamanda sorumluluk mercii, TK’nın yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemleri yapmakla yetkilendirdiği Bakanlık olmak gerekecektir.

III. İDARE HUKUKUMUZDA “İDARİ İŞLEM” YAPMA YETKİSİNİN “AİDİYET” ÖLÇÜTÜ VE “REKLAM KURULU:

6502 sayılı TK'nın 63üncü maddesinde “Reklam Kurulu”nun görev ve yetkileri ile üyelerinin nitelik ve “hukuksal durum”ları (=statü) düzenlenmiştir. Buradaki “tez”imi en anlaşılır bir halde ortaya koyabilmem için önce söz konusu maddeden, daha sonra tartışmanın çerçevesini çizen üç AYM kararından bazı alıntılar yapmam gerekmektedir:

“Reklam Kurulu

MADDE 63- (1) Ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirleme ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketiciyi korumaya yönelik düzenlemeleri yapma, bu hususlar çerçevesinde inceleme ve gerektiğinde denetim yapma, inceleme ve denetim sonucuna göre durdurma veya aynı yöntemle düzeltme veya idari para cezası veya gerekli görülen hâllerde de üç aya kadar tedbiren durdurma cezası verme hususlarında görevli bir Reklam Kurulu oluşturulur. Kurul tedbiren durdurma kararı verme yetkisini Reklam Kurulu Başkanına devredebilir. Kurulun kararları Bakanlıkça uygulanır.” (a.b.ç.)

Görüldüğü üzere, Reklam Kurulu; “Özel İdari Kolluk” konulu ve “düzenleme” adı altındaki “yönetmelik” ve benzeri “Genel Düzenleyici İşlemler” (=GDİ) ile maddede sayılan “idari yaptırımlar”ı yani “Birel (Koşul) İşlemler”i yapma yetkisine sahip kılınmıştır. Söz konusu “idari işlemler”in 2577 sayılı “İdari Yargılama Usulü Kanunu”nun (=“İYUK”) 2nci maddesi uyarınca “idari dava”ya konu edilebilecekleri de kuşkusuzdur. Dolayısıyla, buradaki idari işlemler de –İdare Hukukunun genelinde olduğu gibi- ancak, “egemenlik”ten türetilmiş “kamu gücü”ne dayandırılabilir; ilgililerin hukuki durumlarını da “etkileme” gücüne sahip olacaktır.²⁰ 1982 AY'nın 7nci maddesine göre de, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz (yacağı)” için, “İdare” adına TK kapsamındaki idari işlemleri yapma yetkisinin “kim(ler)”e tanınacağı sorusu, doğrudan “hukuksal meşrulu(ğ)”a ilişkindir.

²⁰ “İdari işlemler, devlete, dolayısıyla da idareye verilen görevler ve yüklenen sorumlulukların sonucudur. Milli savunma, kolluk, kamu hizmetleri gibi görevlerin yerine getirilebilmesi için, ilgililerin rızasını almadan, bunu – bazan- bekleyemeden tek yanlı kararların alınması gerekecektir. (...) Burada önemli ve ayırdedici olan husus, bu tür işlemlerde olması gereken hukukî sonuç yaratma özelliğidir.” (abç) YAYLA, ibid., s.108. YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

1982 AY'nın 128inci maddesine göre, bu sorunun cevabının “*memurlar ve diğer kamu görevlileri*” olması gerekir:

"1. Genel ilkeler

Madde 128 – Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. (...)

İnceleme konusu 63üncü maddenin öngördüğü “**kurul kompozisyonu**” içinde, *zaten* “**memur-kamu görevlisi**” statülü olup da *ayrıca* Reklam Kurulunda da görevlendirilmiş “**Bakanlığın ilgili Genel Müdür yardımcıları**” gibi bürokratlar yer almakta (63/2(a)); 1982 AY'nın yukarıda hatırlattığım 128inci maddesindeki “**kanunla düzenleme**” (=kanunilik) ilkesi uyarınca, bu kişilerin *zaten* idari işlem yapmaya -1982 AY 7nci madde anlamında- “**yetkili**” olduklarından kuşku duyulmamaktadır. Oysa, aynı Kurulun içinde; “**Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin, Türkiye Medya ve İletişim Meclisi üyeleri arasından görevlendireceği bir üye**” (63/2(h)), “**Türkiye Esnaf ve Sanatkarları Konfederasyonunun görevlendireceği bir üye**” (63/2(i)), “**Tüketici Konseyinin Konseye katılan tüketici örgütü temsilcileri arasından seçeceği bir üye**” (63/2(i)), “**Reklam verenler derneklerinin veya varsa üst kuruluşlarının seçeceği bir üye**” (63/2(j)), “**Reklamcılar derneklerinin veya varsa üst kuruluşlarının seçeceği bir üye**” (63/2(k)), “**Türk Eczacıları Birliğinin görevlendireceği eczacı bir üye**” (63/2(l)); “**Türk Diş Hekimleri Birliğinin görevlendireceği diş hekimi bir üye**” (63/2(m)), “**Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin görevlendireceği doktor bir üye**” (63/2(n)), “**Türkiye Barolar Birliğinin görevlendireceği avukat bir üye**” (63/2(o)) gibi “**serbest meslek sahibi**” statülü kişilere de yer açılmıştır. *Bu gerçek kişilerin -1982 AY'nın 128inci maddesinin öngördüğü şekilde zaten ve önceden- “memur” veya “kamu görevlisi” olmadıkları; salt 63üncü maddedeki “liste” sayesinde de memur veya kamu görevlisi statüsüne “girmiş” (= “intisap etmiş”) kabul edilemeyecekleri bellidir.*

Şimdi, üç AYM kararını hatırlamanın tam zamanıdır:

"3194 sayılı Yasanın "yapı ruhsatıyesinin düzenlendiği 21. maddesinin ilk fıkrasında aynen, **'Bu Kanun kapsamına giren bütün yapılar için 26 ncı maddede belirtilen istisna dışında belediye veya valiliklerden veya yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarından yapı ruhsatıyesi alınması mecburidir.'** denilmektedir. *Görüldüğü gibi, fıkranın getirdiği en önemli yenilik başvuru halinde belediye ve valiliklerin yanı sıra yeminli serbest mimarlık ve mühendislik bürolarına da 'yapı ruhsatıyesi' verme yetkisinin tanınmış olmasıdır. Bu konuda belediye ve valiliklerle, yeminli bürolar arasında bir ayırım yapılmamıştır. (...) Uygulamada ve öğretilerde de kabul edildiği gibi; ister 'bağlı yetki' ister 'takdir yetkisi' şeklinde kullanılsın 'ruhsat verme' idarenin, kolluk faaliyetleri içinde yer almaktadır. Bu nedenle ruhsat ve yapı kullanma izni vermenin, aslî ve sürekli bir kamu görevi olduğu hususunda duraksamaya yer yoktur. Bu durum karşısında, bu hizmetin ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerekir. Esasen Anayasa'nın 128. maddesi ile benimsenen ilke de bu doğrultudadır. (...) Memur olmadıkları konusunda duraksamaya yer bulunmayan yeminli büro elemanları bakımından önemli olan (...) Anayasa'nın 128. maddesinde sözü edilen "diğer kamu görevlilerinden sayılıp sayılmayacaklarıdır. Yasanın 24. maddesine göre, (...) (b)ü büro elemanlarının görevlerini yerine getirirken Devlet memuru sayılacakları ve işledikleri suçlar dolayısıyla Devlet memuru gibi cezalandırılacakları, görev sürelerinin tespiti ve denetiminin ise Bakanlığa ait olduğu hüküm altına alınmaktadır. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi bürolar esas itibariyle serbest meslek faaliyet icra etmekte, ancak görevlerini kötüye kullanmaları olasılığına karşı bir önlem olarak bazı cezai yaptırımlarla karşı karşıya bırakılmaktadırlar. Yeminli bürolar, bu özellikleri nedeniyle merkezi idarenin gözetim ve denetimi altında onun bir birimi durumunda olan kuruluşlar değildir. Sözü edilen kanun maddesinde yer alan büro elemanlarının, **'bu görevlerini ifa ederken Devlet memuru sayılacakları'** ve **'işledikleri suçlar dolayısıyla da Devlet memuru gibi cezalandırılacakları'** biçimindeki hükmü de, yalnız başına bu elemanlara **'memur'** veya **'Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen kamu görevlisi'** sıfatını (...) kazandıramaz. Bu durumda, büro elemanları ile merkezi idare arasında statüer bir ilişki de yoktur. Bir başka deyişle memurlar ve diğer kamu görevlileri için Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen niteliklerinin, atamalarının, aylık ve ödeneklerinin ve diğer öz-*

lük işlerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin kuralın yeminli büro elemanları yönünden uygulama olanağı bulunmamaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalardan, yapı ruhsatı ve buna bağlı olarak yapı kullanma izni vermenin, belediyelerin ve valiliklerin genel idare esaslarına göre, yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevlerden olduğu, bu itibarla yeminli büro elemanlarının, Anayasa'nın 128. maddesinde nitelikleri belirtilen '**kamu görevlileri**' deyimine kapsamına girmediği anlaşılmaktadır."²¹ (a.b.ç.)

AYM'nin iptal kararını verirken, şu üç noktadan yola çıktığı anlaşılmaktadır:

- (i) *Kullanılması öngörülen yetki, "İdari Kolluk" yetkisidir.*
- (ii) *Yetkiyi kullanması öngörülen "büro elemanları" ile Merkezi İdare arasında hiçbir "statüter" (=Kamu Hukuku anlamında "idari") ilişki yoktur.*
- (iii) *Büro elemanları, birer "iş sözleşmesi" ile yani "Özel Hukuk" tasarrufu ile çalıştırılmaktadırlar.*

Bu defa "**yeminli serbest mimarlık ve mühendislik büroları**"nı değil, ama "**yeminli teknik büroları**" ve madenciliği düzenleyen 3213 sayılı "**Maden Kanunu**" için verdiği kararda ise, AYM şu konuları öne çıkarmaktadır:

"(3213 sayılı Maden Kanunu'nun) 48. madde(sinin) birinci fıkrasında, '**Denetim ve gözetim dışında yönetmelikle tespit edilen görevleri yürütmek üzere, gerektiğinde yeminli teknik bürolar Bakanlığın izni ile kurulabilir**' hükmü getirilmiş ve maddenin geri kalan yedi fıkrası ile büro elemanlarının niteliği, bir şehirde bulunacak büro sayısı ve büro elemanlarının suç işlemleri halinde izlenecek yöntem açıklanmıştır. Bu maddede dikkati çeken nokta, kurulması öngörülen yeminli teknik büroların hangi görevleri yapacağı belirlenmeyip, sadece '**denetim ve gözetim dışında yönetmelikle tespit edilen görevleri yürütmek üzere**' gibi menfi bir tespitle yetinilmiş olmasıdır. (...) Büroların görevini tespitteki bu belirsizlik Anayasa'nın 124. maddesinde yer alan ve yönetmeliklerin '**kanun ve tüzüklere aykırı olmamasını**' öngören hükmüne aykırı olduğu gibi, bu şekilde bir yönetmelik çıkarmak, ayrıca '**Yasama yetkisi Türk milleti**

²¹ AYM, E.1985/11 , K.1986/29 , K.T.11.12.1986, R.G. 18.04.1987, S.19435.

adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez' diyen Anayasa'nın 7. maddesine de aykırılık göstermektedir.

Öte yandan Anayasa'nın 128. maddesi '**Devletin kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür**' dediğine göre **kamu hizmeti göreceğinde kuşku bulunmayan** yeminli teknik büro personelinin, *mutlaka* '**memur**' veya '**kamu görevlisi**' olması gerekir. Bu nedenle dava konusu 48. madde Anayasa'nın '**Kamu hizmeti görevlileri**' ile ilgili 128. maddesinin ikinci fıkrasına da aykırıdır."²² (a.b.ç.)

Bir önceki İmar Kanunu'na ilişkin AYM kararı ile buradaki Maden Kanunu kararı arasında –aşağıdaki birinci maddeye rağmen- önemli “ör-tüşmeler” göze çarpmaktadır:

(i) Kullanılması öngörülen “**denetim ve gözetim dışındaki**” yetkiler, “**Kamu Hizmeti**” yetkileridir.

(ii) Yetkiyi kullanması öngörülen “**yeminli teknik büro**” personeli Merkezi İdarenin “**memur**”u değildir; ancak kendilerinin, “**kamu hizmeti göreceğinde(n)**” kuşku yoktur.

(iii) O takdirde, bu personel “**memur**” ya da “**diğer kamu görevlisi**” statüsünde olmadığı –ve gene, “**iş sözleşmesi**” ile çalıştırıldıkları- halde, kendilerine “**kamu hizmeti**” görme yetkisinin tanınması açıkça 1982 AY'na aykırıdır.

Şimdi, buradaki “**üçleme**”yi tamamlamak amacıyla bir alıntıya daha yer veriyorum:

“Dava konusu 13. madde ile 213 sayılı VUK'na 141. maddeyi takiben eklenen ‘**yeminli mali müşavirlik**’ başlığı altındaki ek maddenin ilk dört fıkrasında(n) (...) anlaşılacağı üzere yeminli mali müşavirler (...) mükelleflerin vergi tarhına esas teşkil edecek mali tablolarını ve beyannamelerini, ilgili mali mevzuat, cârî muhasebe prensipleri ve denetim standartları yönünden *tasdik etmek*, yani gelir ve gider kayıtlarının doğruluğunu ve mali mevzuat hükümlerine uygun işlendiğini, dolayısıyla beyan edilen vergi matrahının gerçek olduğunu *onaylamak görev ve yetkisine sahip olacaktadırlar*. Böyle bir düzenleme Maliye ve Gümrük Bakanlığı (...) per-

²² AYM, E.1985/20 , K.1986/30 , K.T.24.12.1986, R.G. 15.03.1987, S.19401. YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

sonelinin sahip olduğu (...) teftiş ve inceleme yetkisinin kullanılmasına engel teşkil etmeyecekse de, yeminli mali müşavirler tarafından yapılacak bir tasdik işlemi, Bakanlıkça lüzum görülmedikçe *Bakanlığın yetkili elemanlarınca incelenmiş belge* niteliğine sahip olacaktır. *Bu nedenle yeminli mali müşavirlerce yapılacak tasdik işlemi 'kamu hizmeti' niteliğindedir.* (...)

Yeminli mali müşavirlerin 'memur' olmadıklarında şüphe yoktur. Çünkü bu kimseler, idarenin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer almış ve bürokratik hiyerarşi içinde bulunan, devletten maaş alan elemanlar değildir. Aksine, (...) serbest meslek sahibidirler. Ancak kendilerinin(in), (...) kamu yetkisi kullandıkları ve yaptıkları hizmetin de bir kamu hizmeti olduğu açıktır. Öte yandan devlet ve yeminli mali müşavir arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisidir. Çünkü kendilerine görev verilmesi, özel hukuk sözleşmesi ile değil bir kanunla olmaktadır. Dolayısıyla (...) 'kamu görevlisi' say(ıl)ma(ları) gerekir.”²³ (a.b.ç.)

O halde, yukarıdaki üç AYM kararının “**toplamı**”ndan şu hukuksal olguların çıktığı kabul edilebilir:

(i) **“İdari Kolluk” yetkisi, İdare ile “statüter” (=Kamu Hukuku anlamında “idari”) ilişki içinde olmayıp da “serbest meslek sahibi” veya “iş sözleşmeli” müşavir, personel gibi unvanlar altında çalışan gerçek kişilere HİÇBİR DURUMDA KULLANDIRILAMAZ veya “İdarenin ikamesi” şeklinde DEVREDİLEMEZ.**

(ii) **Yukarıdaki ifade, “Kamu Hizmeti” yetkisi için de AYHEN geçerlidir.**

(iii) **Eğer, “Kamu Hizmeti” alanında yetkiyi veren dayanak “Özel Hukuk tasarrufu” değil de doğrudan “kanun” ise; o takdirde, kanunun “yetkilendirdiği” –ama memur veya diğer kamu görevlisi statüsüne usulüne uygun olarak daha önce “girmemiş”- gerçek kişiler, söz konusu kanunun kapsadığı hukuksal alan itibariyle “memur gibi”dirler.**

Hemen belirtmeliyim ki AYM'nin iki “**Kamu Hizmeti**” kararındaki ayırımları ortaya koyarken uyguladığı “**muhakeme tarzı**”nın eleştiriye açık olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Nitekim, doktrinde AYM'nin yukarıdaki kararlarında bazı ayırımların pek de belirgin ya da açıklayıcı

²³ AYM, E.1986/5 , K.1987/7 , K.T.19.03.1987, R.G. 12.11.1987, S.19632.

olmadığı yönünde haklı eleştiriler dile getirilmiştir.²⁴ Bununla birlikte, AYM yukarıdaki kararlarında “**İdari Kolluk**” ile “**Kamu Hizmeti**” arasında “**belirgin**” bir ayırım yapmış; “**İdari Kolluk**” yetkisinin mevcut Anayasal düzende, “**memur ve diğer kamu görevlisi**” statüsünde olmayan, İdare ile “**zaten ve önceden**” bir “**statüer ilişki**” içine “**girmemiş**” kişilere kullandırılmayacağını açıkça vurgulamıştır.

Buradan “**Reklam Kurulu**”nun “**serbest meslek sahibi**” üyelerine geldiğimizde, sanıyorum artık sözü uzatmama gerek yoktur: **Söz konusu üyelerin, “Özel İdari Kolluk”tan başka bir yetkisi olmayan “Reklam Kurulu”nda “düzenleyici” ve “birel” idari işlemleri yapmaları-yapımına katılmaları, 1982 AY’nın 7nci ve 128inci maddelerine, kanımca açıkça aykırıdır.**²⁵

²⁴ “Anayasa Mahkemesi bu kararlarında, ‘**kamu hizmeti**’, ‘**kolluk yetkisi**’, ‘**kamu görevi**’ gibi hukuki rejimleri farklı bazı kavramları, hukuki rejim farklılığını gözardı ederek kullandığı izlenimi vermektedir. Zira, İmar Kanunu ile ilgili olarak *kolluk yetkisinin özel kişilere devri sorunundan* hareket ettiği izlenimini verirken, Maden Kanunu ve yeminli mali müşavirlik ile ilgili kararlarında ise *yalnızca kamu hizmeti kavramını kullanılarak* kamu hizmeti ve kolluk ayırımı yapmadığını göstermektedir. Aslında kamu hizmeti-kolluk ayırımının yapılıp yapılamayacağı konusu idare hukuku öğretisinde de tartışmalıdır. (...) (K)olluk faaliyeti geniş anlamda kamu hizmeti içinde ele alınırsa da hukuki rejimleri bakımından aralarındaki bazı farkların da gözardı edilmesi mümkün değildir ve bu farklılık hukuki rejimlere de yansımaktadır.” (abç) TAN, Turgut : “**Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı**”, Anayasa Yargısı, C. 8, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991, s.241-242.

²⁵ Ülkemizde, 1990’lardan itibaren “**İdarenin demokratikleş(tiril)mesi**” tartışmalarının yaygınlık kazanmış olması, esasen sevinilecek bir gelişmedir. İdarenin özellikle “**karar alma**” yani “**idari işlem yapma**” süreçlerine “**katılım**” bağlamında –ve doğrudan Batı’dan gelen “**good governance**” (=“**iyi yönetim**”) “**ruzgar**”ı ile- “**özel hukuk kişileri**”nin hukuksal sonuçlarından “**etkilenecekleri**” idari işlemlerin “**yapım**”ında rol almak istemeleri, her halde, ülkemizin demokrasi ve Hukuk Devleti niteliklerini geliştirir. Öte yandan, gezegendeki ilk –işlemiş- örnek olan “**(Amerikan Federal) İdari Usul Kanunu**”ndaki (=“**Administrative Procedure Act**”) mantıkla idari işlem sürecine “**katılmak**” bir şeydir; “**kişisel**” ve/veya “**sektörel**” ölçekte “**bizzat kendisi**”nin hukuksal durumunu “**etkileyecek**” idari işlemi “**bilfiil**” yapmak ise bambaşka bir şeydir. Türkiye’de “**yönetişim**” tartışmasının başından itibaren, ağırlıklı olarak “**siyaset bilimciler**” tarafından yürütülmüş olması kanımca “**katılım**”ın yanlış anlaşılmış-algılanmış olmasının başta gelen sebebidir. İdare Hukukçuları konuya elbette “**teknik hukuk**” zemininde yaklaştıkları ve yukarıdaki metinde hatırlattığım Anayasal ilkeler ve AYM kararları da mevcut olduğu için, sanıyorum, “**katılım**”ın amaçlarının idari işlemi yapacak “**statüer**” ilişkili kamu görevlisini “**aydınlatmak**”, özellikle “**takdir yetkisi**”nin keyfi kullanılmasını zorlaştırmak ve keyfilik peşindekiler için daha “**maliyetli**” hale getirmekten ibaret olduğunu vurgulayan YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

6502 sayılı TK'nın 64 ve 65inci maddelerindeki “Tüketici Konseyi” ve “Reklam Konseyi”nin görev ve yetkilerini ise tartışmaya gerek görmüyorum. Andığım maddelerde, sırasıyla, “Tüketici Konseyi” için “(...) *gerekli tedbirleri araştırmak ve bu Kanunun uygulanmasına yönelik tedbirlere dair görüşleri öncelikle ele alınmak üzere ilgili mercilere iletmek (...)*; “Reklam Konseyi” için de “(...) *çağdaş iletişim uygulamalarını takip etmek, (...) araştırma ve çalışmalar yapmak, (...) görüş ve önerilerde bulunmak ve bu görüş ve önerileri ilgili mercilere iletmek (...)*” düzenlemeleri getirilmiştir. Demek ki iki Konsey de “danışma” işlevi için kurulmuştur; “nihai” ve “kesin” idari işlemler yapmaları söz konusu değildir.

IV. “TAKDİR YETKİSİ”NİN YARGISAL DENETİMİ, “YERİNDELİK” SORUNU VE “İDARİ YAPTIRIMLAR” YÖNÜNDEN 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN :

İdare Hukukumuzda, “**takdir yetkisi**”nin yargısal denetiminin “**hukuka uygunluk**” ile sınırlı tutulması ve idari yargı yerlerinin “**yerindelik**” alanına girmemelerinin gerektiği konusunda görüşbirliği vardır. Bununla birlikte, takdir yetkisi denetiminin yapıldığı bazı “**somut olaylar**”da, “**hukuka uygunlu(ğ)**”un nerede bittiğine ve “**yerindelik sınırı**”nın nerede başladığına karar vermek hiç de kolay değildir. Nitekim, 2577 sayılı İYUK’un 2/2nci maddesinde; “**2. İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler**” kuralının yer alıyor olması da konunun güçlüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Sonuç itibariyle, İYUK da “**yerindeli(ğ)**”in tanımını vermemekte, konuyu mahkemelere bırakmaktadır. Öyle anlaşılıyor ki “**siyaset kurumu**” –üstelik bana göre idari yargı “**yerindelik yasağı**”nı ihlal etmemek için “**azami**” çabayı öteden beri gösterdiği halde- “**uygu-**

mayı çok da gerekli görmemişlerdir. Böylesi bir “**kendin pişir, kendin ye**” mantığı ile “**herkes**”in idari işlem “**yapma**” gücüne sahip kılınması ne “**kamu(nun) yararı**”nadır, ne de – hukuktaki teknik anlamıyla- “**demokratiklik**”tir. Bu kounda bkz. GÜRAN, Sait: “**Yönetimde Açıklık**”, İHİD, Y. 3, S.1-3, İstanbul, 1982, s.101-112 ve BERKARDA, ibid., s.105-106’daki 69uncu dn ve beraberindeki metin.

lama”yı yine de beğenmemiş; Eylül 2010 referandumunu ile bu yasağı “**adlı adınca**” bir de 1982 AY’nın **125/4**üncü maddesine yazdırmıştır:

“B. Yargı yolu

Madde 125 – (...) (Değişik birinci cümle: 7/5/2010-5982/11 md.)
Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez.”

6502 sayılı TK’da, “**bağlı yetki**”nin yanı sıra, Bakanlık-Reklam Kurulu-Valilik üçlüsüne gerek “**düzenleyici**” gerek “**idari yaptırımlar**” boyutunda “**takdir yetkisi**” tanıyan çok sayıda kural da mevcuttur. Örneğin, 77nci maddenin 1inci fıkrasında “**iki yüz Türk Lirası idari para cezası**”na bağlanmış olan fiillerden biri, 6ncı maddenin 2nci fıkrasındaki “**Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz**” kuralıdır ki TK’da “**haklı sebe(b)**”in –görebildiğim kadarıyla- tanımı yoktur. Bu noktada “**Borçlar Hukuku**”na başvurmak da “**takdir**” için “**yorum**” yapma gereğini ortadan kaldırmayacaktır. Gerçi, TK’da andığım kavramın bir tanımı olsaydı bile, yaptırımı uygulayacak İdarenin bir yorum yapması yine de gerekecekti.²⁶ Geldiğimiz aşamada TK’nın “**bağlı yetki-takdir yetkisi**” listesini çıkarmayı “**işlevsel**” görmediğimden, şimdi, esas olarak gündeme getirmek istediğim “**ölçülülük**” ilkesi ve “**idari yaptırım**”ların yargısal denetiminde “**sebep-konu**” dengesinin ışığı altında “**yerindelik**” sorununa yönelmek istiyorum.²⁷

Takdir yetkisine, genel olarak, idari işlemlerin “**sebep**” ve “**konu**” unsurlarında yer verilir. Doktrinde, takdir yetkisinin idari işlemin tüm un-

²⁶ 6502 sayılı TK’nın 5inci maddesinin 6ncı fıkrasındaki “**haksız şartlar**” tanımı (“**Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir**”) bir “**tanım**” olmasına rağmen; İdare, 77nci maddenin 2nci fıkrasına göre idari para cezası uygulamasının gerekip gerekmediğini “**takdir**” ederken, haksız şartların “**yorumlanması**” ihtiyacı yine de ortaya çıkacaktır.

²⁷ Bu bölümde, sırasıyla, YAYLA, ibid., s.190-195; ÖZAY, ibid., s.455-474 ve 742-744; GÜNDAY, Metin : İDARE HUKUKU, Üçüncü Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1998, s.162-167 ve 209-210’daki açıklamalardan yararlandım.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

surlarında bulunabileceği yönünde bazı görüşlere rastlanmakla birlikte, inceleme konumuz TK'nın özellikle “**sebep**” unsurunda yoğunlaşmış takdir yetkisine ilişkin düzenlemelerini öne çıkarabilmek için bu tartışmaya burada girmeyi anlamsız buluyorum. TK'nın gerek Bakanlık gerek Reklam Kurulu için “**yönetmelik ve benzeri düzenlemeler**”de öngördüğü takdir yetkisi kullanımı, “**ölçülülük**” ve “**yerindelik**” tartışmasının idari yargı boyutunu hayli önemli kılmaktadır.²⁸ Elbette, “**birel**” işlem nitelikli “**idari yaptırımlar**” için de aynı kavramlar önemlidir. Fakat, idari yaptırımlar “**soyut**” düzenlemeleri “**somut**”a taşımak için yapıldıklarından, bunların kaderinin idari düzenlemeler yürürlüğe konulduğu anda zaten “**mühürlenmiş**” olduğunu da akılda tutmak gerekmektedir.

Kanımcı, İdari Kolluğun her “**şube**”si için geçerli olan “**teknik hukuk olgusu**”, TK için de geçerlidir: *İdari Kolluk yaptırımlarında “ölçülülük” ilkesinin ihlal edilip edilmediğine karar vermek, ister istemez, “sebep”-“konu” unsurları denetimi bağlamında “yerindeli(ğ)”e girmeyi de zorunlu kılmaktadır.* Değerli Hocam Prof. Dr. ÖZAY'ın gerek derslerinde gerek ilgili akademik yayınlarında hep büyük bir özenle vurgulamış olduğu bu olgu, İdari Kolluk işlemlerinin yargısal denetiminin de kanımcı “**püf noktası**”dır. Bir diğer ifadeyle, İdari Kollukta takdir yetkisinin yargısal denetiminin *gerçekten* yapılması, öncelikle idari yargı yerinin “**yerindelik**” baskısına boyun eğmemesi, “**oto-sınırlama**”ya gitmeyi tercih etmemesi ile mümkündür. Hiç kuşkusuz buradaki –yalnızca beni bağlayan- “**boyun eğmeme**” ifadesiyle, idari yargının kendi “**erksel**” alanının dışına taşmasını “**temenni**” ettiğimi söylüyor değilim. *Kanımcı, idari yargı, “normlar hiyerarşisi”nin hangi düzeydeki işlemi olursa olsun, özellikle “yaptırım” konulu olanlarında “takdir yetkisi”nin o somut olayda niçin kullanıldığı şekilde kullanıldığının “gerekçe”lerini davalı İdareye “çekinmeden” sormalıdır. Yargılama sürecinde “esas”a henüz girilmiş ve gerekçeler ve onlara ilişkin deliller bile henüz incelenmemişken, “baştan” bir “yasak sorular-girilmeyecek alanlar” listesi belirleyip davayı öyle*

²⁸ Gerek Danıştay'ın resmi sitesinde, gerek internetteki çeşitli kaynaklarda bulduğum içtihat örneklerinin -4077 sayılı bir önceki kanuna ilişkin olanlar da dahil- hiçbirine tebliğimde yer vermiyorum. Söz konusu kararların bir bölümünde elbette “**takdir yetkisi**”ne değinilmişse de; bunlardan “**teorik**” açıdan yukarıdaki metinde yer verdiğim açıklamaları besleyecek, açıklamaların daha sağlam “**teknik hukuk**” dayanaklarına kavuşmalarını sağlayacak malzemeyi çıkaramadım. Dolayısıyla, çalışmamdaki “**bilinçli eksikli(ğ)**”in gerekçesini açıklamak ihtiyacı ile bunları yazıyorum.

sürdürmek, esasında o idari işlemi “denetlememek” fiili sonucundan başka bir yere bizi götürmez. Üstelik, o arada denetim de “yapılmış” ve belki de “hukuka aykırı” bir işlem, “asgari denetim” standardı yüzünden bir de “hukuka uygunluk berati” kazanmış olabilecektir.

6502 sayılı TK’daki idari yaptırımların yargısal denetim standartları “tüketiciyi koruyacağız” diye “asgaride” tutulursa, haklı olarak “Sermaye”ye peşin bir önyargı ile bakıldığı kuşkusu uyanır. Aksi yaklaşım da savunulabilir görünmemektedir; diğer ifadeyle, idari yaptırım kurumunun “göstermelik” durumuna düşmesine yol açacak “agresif-aktivist yargı” tavrı da, bana göre, “tercih edilebilir” değildir. Sorun, tamamen “teknik hukuk” zemininde kalınarak; yargısal denetimde “ayrıntıya girme” titizliğinin, İdarenin işlem yaparken kullandığı “bilgi” ve “uzmanlık” düzeyi ile “aynı yoğunluk”ta olması sağlanarak halledilebilir. Türkiye’de, İdari Kolluk içtihadında “tesadüfi” örnekler dışında böyle bir “yargısal yaklaşım”ın hiçbir zaman “hakimiyet kur(a)madığı” kanısındayım. O bakımdan, Tüketici Hukukunda, mevzuat değişikliklerinden bağımsız olarak, idari yargının görev alanına bırakılmış “iptal davaları”nda “takdir yetkisinin yargısal denetim standartları” için yapılabilecek olumlu-olumsuz tespitlerin, genel anlamda İdari Kolluk içtihadındakinden farklı olduğunu da söyleyemem.

V. “İDARİ YAPTIRIMLAR”, İDARİ YARGININ “GÖREV” ALANI VE 6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN :

Yukarıda 77nci maddeyle bağlantılı olarak yorumladığım 78inci maddenin metnine burada yer vermek istiyorum:

“Cezalarda yetki ve itiraz

MADDE 78- (1) Bu Kanunun 77 nci maddesinin ikinci, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve on birinci fıkralarındaki idari yaptırımlar Bakanlık tarafından verilir; on ikinci ve on üçüncü fıkraları uyarınca Reklam Kurulu tarafından karar verilen idari yaptırımlar Bakanlık tarafından uygulanır. Diğer fıkralarındaki idari yaptırımlar ise yaptırım uygulananın merkezinin bulunduğu valilik tarafından verilir.

(2) Bu Kanun hükümlerine göre verilen idari yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre idari yargı yoluna başvurulabilir. Ancak, idare

mahkemesinde dava, işlemin tebliğini izleyen günden itibaren otuz gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz.

(3) Bu Kanuna göre verilen idari para cezalarının, tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenmesi zorunludur.”

Madde hakkında yapılabilecek ilk yorum, “**idari yaptırımlar**” için “**görevli**” yargı düzeninin “**idari yargı**” olarak belirlendiği ve bu hukuksal olgunun 5326 sayılı “**Kabahatler Kanunu**”na bir “**istisna**”²⁹ oluşturduğudur. Bir önceki 4077 sayılı Kanun’un da yargı düzeni seçiminin “**idari yargı**” olduğunu da hatırlamakta yarar vardır.³⁰ 77nci madde ile 2577 sayılı İYUK’un 7/1inci maddesindeki “**60 gün**”lük “**genel dava açma süresi**”ne de bir “**istisna**” getirilerek, “**iptal davaları**” için “**30 gün**”lük dava açma süresi öngörülmüştür. *Madde metni dikkatle okunduğunda ayrıca vurgulamaya gerek yokmuş gibi görünebilirse de, uygulamada belki yararı olur düşüncesiyle şu konuyu kaydetmek istiyorum: 77nci maddedeki idari yargı denetimi ve “istisna” şeklinde gösterilmiş süre açıkça “iptal davası” içindir. Maddenin 2nci fıkrasında “tam yargı davası”na da atıf yapıldığını söylemek mümkün değildir.* O bakımdan, genel İYUK sistemine göre, “**iptal davası**” ile birlikte, idari yaptırım için “**tam yargı**” davası da açılacaksa, İYUK’un 12nci maddesindeki “**mantık**” uyarınca süre “**30 gün**”; eğer önce “**iptal**”, sonra “**tam yargı**” davaları açılacaksa, ikincisinin süresi “**60 gün**”dür.

²⁹ “Genel kanun niteliği

Madde 3- (Değişik: 6/12/2006-5560/31 md.)

(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, (...) uygulanır.”

³⁰ “Madde 26- (Değişik madde: 23/01/2008-5728 S.K./477.mad)

25inci maddenin birinci, dördüncü, yedinci, sekizinci, dokuzuncu ve onuncu fıkralarındaki idarî yaptırımlara Bakanlık tarafından, diğer fıkralarındaki idarî para cezalarına mahallî mülkî amir tarafından karar verilir.

Bu yaptırımlara ilişkin kararlar, kararı veren makam tarafından yedi gün içerisinde ilgili-nin mensup olduğu meslek kuruluşuna bildirilir.

Bu Kanun hükümlerine göre verilen idarî yaptırım kararlarına karşı 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre kanun yoluna başvurulur. Ancak, idare mahkemesinde dava, işlemin tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde açılır. İdare mahkemesinde iptal davası açılmış olması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz.”

BİTİRİRKEN

Tüketici Hukukuna bütün “boyut”larıyla bakmaya çalışan bir hukukçu, Türkiye’de hukuk öğretiminin “klâsik” formatı olan “Özel Hukuk-Kamu Hukuku” ayrımının artık pek de bir anlam taşımadığını kavramakta, her halde, güçlük çekmeyecektir. Böylesi bir “sert” ayrışma ve –giderek– “kopuklu(ğ)”un özellikle “uygulama”nın içinde yer alan avukat ve yargıçlarımız için, çoktandır bir “mesleki külfet” haline geldiği kanısındayım. 6502 sayılı Kanun örneğinde, “Borçlar Hukuku” ile “İdare Hukuku”nun adeta “etle tırnak” gibi bütünleştiği gayet açıktır. Yukarıdaki başlık seçimleri ve değerlendirmelerimin, Tüketici Hukuku bağlamında *da*, bu “tez”i kanıtlamakta belirli bir “ikna edicili(ğ)”e sahip olduğunu umuyorum.

KAYNAKÇA

BERKARDA, Kemal: “*Amerika’da İdare Hukuku Var Mı?*”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Pertev Bilgen’e Armağan Özel Sayısı, C.13, S.1, İstanbul, 2000.

GÜNDAY, Metin : İDARE HUKUKU, Üçüncü Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1998.

GÜRAN, Sait : “*Yönetimde Açıklık*”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y. 3, S.1-3, İstanbul, 1982.

KARA, İlhan : TÜKETİCİ HUKUKU, Engin Yayınevi, Ankara, 2012.

ÖZAY, İl Han : GÜNIŞIĞINDA YÖNETİM, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.

ŞAHİN, Cenk: AMERİKAN FEDERAL İDARE HUKUKUNDA “REGÜLASYON” (VE TÜRK İDARE HUKUKUNA YANSIMALARI), (doktora tezi), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

TAN, Turgut : “*Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı*”, Anayasa Yargısı, C. 8, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1991.

YAYLA, Yıldızhan : İDARE HUKUKU, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2009.

TOPLU YAPILARDA YÖNETİCİ / YÖNETİM KURULU
(*MANAGER / BOARD OF MANAGEMENT AT CONDOMINIUM COMPLEXES*)

Araş. Gör. / Res. Asst. Mehmet Oğuz VURALOĞLU¹

ÖZET

5711 sayılı Kanun ile ‘toplu yapı’ kavramı ilk kez Kat Mülkiyeti Kanunu’na (KMK) girmiştir. Bununla birlikte KMK’nın dokuzuncu bölümünde toplu yapılarda yönetime ilişkin düzenlemeler de getirilmiş bulunmaktadır. Bu makalede, ‘toplu yapılarda yönetici veya yönetim kurulu’ bahsi tüm yönleriyle ele alınmıştır. İlk olarak ‘yönetim’ ve ‘yönetici’ kavramları açıklanmış ve 5711 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce toplu yapılarda yönetim düzeninin nasıl olduğu ortaya konulmuştur. Ardından KMK m. 71’e göre yönetici veya yönetim kurulu seçimi detaylarıyla incelenmiştir. KMK m. 74’ün atfı gereği, klasik kat mülkiyetinde yöneticinin görevlerini, sorumluluklarını ve haklarını düzenleyen KMK’nın ilgili maddeleri de bu çalışma kapsamındadır.

Anahtar Kelimeler: Kat Mülkiyeti Kanunu, 5711 sayılı Kanun, toplu yapı, toplu yapıların yönetimi, yönetici, yönetim kurulu, yöneticinin seçimi / görevleri / sorumlulukları / hakları

ABSTRACT

The concept of ‘condominium complexes’ has first been integrated into the Turkish Condominium Code (TCC) by the virtue of the 5711 numbered Act. The regulations regarding the management of condominium complexes have also been brought under Section 9 of the TCC. In this article, the subject of ‘manager or board of management at condominium complexes’, has been dealt with, in all its aspects. Firstly, the concepts of

¹ Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: oguz.vuraloglu@yeditepe.edu.tr

'management' and 'manager' have been explained, and the regime prior to the entry into force of the Act No. 5711 has been set forth. Then, the election of a manager or a board of management under Article 71 of the TCC is examined in detail. The relevant articles of the TCC concerning the duties, liabilities and rights of a manager in a basic condominium are also within the scope of this paper, due to the reference in Article 74 of the TCC.

Keywords: *Turkish Condominium Code, the Code numbered 5711, condominium complex, management of condominium complexes, manager, board of management, the election / duties / liabilities / rights of a manager.*

A. Giriş

Bilindiği üzere 'toplu yapı' kavramı ilk kez 5711 sayılı Kanun² ile Kat Mülkiyeti Kanunu'na³ (KMK) girmiştir. Bu kanunla birlikte, KMK'nın dokuzuncu bölümünde toplu yapılarda yönetime ilişkin düzenlemeler de getirilmiş bulunmaktadır. KMK m. 69'un başlığı 'Yönetim' olmakla birlikte, bu maddede yalnızca 'toplu yapılarda yönetim organı olarak kat malikleri kurulları' konusu ele alınmaktadır. Bu çalışmanın amacı ise, KMK m. 71'de sadece seçilmesi bakımından düzenlenmiş olan, 'bir icra organı olarak toplu yapılarda yönetici veya yönetim kurulu' bahsinin tüm yönleriyle ele alınmasıdır. Bunun için ilk olarak 'yönetim' ve 'yönetici' kavramları açıklanacak ve 5711 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce toplu yapılarda yönetim düzeninin nasıl olduğu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

Daha sonra KMK m. 69 ile getirilen kat malikleri kurullarından kısaca bahsedilecek ve m. 71'e göre yönetici (veya yönetim kurulu)⁴ seçimi ele alınacaktır. Kanunun dokuzuncu bölümünde yöneticiye ilişkin başka hüküm bulunmamakla birlikte, KMK m. 74'ün atfı gereği, klasik kat mülki-

² 5711 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RG 28.11.2007, sayı 26714.

³ 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu, RG 02.07.1965, sayı 12038.

⁴ Bu çalışmada kullanılan 'yönetici' ifadesi, yeri geldiğinde belirtilecek olan ayrık durumlar dışında 'yönetici veya yönetim kurulu' şeklinde anlaşılmalıdır.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

yetinde yöneticinin görevlerini, sorumluluklarını ve haklarını düzenleyen KMK'nın 35-40. maddeleri de incelenecektir. Tüm bu hususlar, uygulamadan örneklerle izah edilecektir. Yeri geldiğinde değinilecek olmakla birlikte, KMK m. 69'da düzenlenen toplu yapılarda kat malikleri genel kurulları⁵, KMK m. 71'de düzenlenen toplu yapılarda denetim ve KMK m. 73'te düzenlenen toplu yapılarda geçici yönetim⁶ bahisleri bu çalışmanın kapsamı dışındadır.

B. 'Yönetim' ve 'Yönetici' Kavramları

KMK'nın 'Toplu Yapılara İlişkin Özel Hükümler' başlığını taşıyan dokuzuncu bölümünde, yönetim konusu m. 69'da ele alınmıştır. Ancak bu maddede yönetim kavramına ilişkin bir tanım verilmemiş, yalnızca yönetimin hangi kurullar tarafından yapılacağı açıklanmıştır. Klasik kat mülkiyeti açısından baktığımızda, KMK'nın 'Anagayrimenkulün Yönetimi' başlıklı beşinci bölümünde de aynı şekilde herhangi bir tanıma yer verilmediği görülmektedir.

Arpacı'ya göre "Kat mülkiyetinde yönetim, anagayrimenkulün, amacına uygun olarak kullanılması, korunması, bakım ve tamiri ve ondan faydalanılması için gereken ve anagayrimenkul üzerindeki tasarruf işlemlerinin ve bunlara yönelik konuların dışında kalan hukukî ve fiilî nitelikteki bütün iş ve işlemlerin yapılmasıdır."⁷

⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. *Semerci*, Toplu Yapılarda Genel Kurul, İstanbul Barosu Dergisi, c. 87 Sayı 2 (2013), s. 190 vd.

⁶ KMK m. 73'e göre; "Yönetim planında toplu yapı temsilciler kurulu oluşuncaya kadar, bu kurulun görevlerini üstlenmek, yetkilerini kullanmak ve kurulun oluşması için gerekli girişim ve çağrılarda bulunmak üzere, bir geçici yönetim kurulması öngörülebilir." Maddede geçici yönetimin nasıl oluşacağına ve ne zamana kadar devam edeceğine ilişkin düzenlemelerin yönetim planında yer alacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte geçici yönetimin en geç toplu yapının bitimini izleyen bir yıl sonrasına kadar devam edebileceğini belirten emredici bir hüküm sevk edilmiş ve bu sürenin her hâlde toplu yapı kapsamındaki ilk yapı ruhsatının alınmasından itibaren on yıl geçmekle sona ereceği belirtilmiştir. Bu hüküm isabetsizdir; zira geçici yönetime duyulan ihtiyaç, yapı ruhsatının verilmesiyle değil, binaların tamamlanıp kat mülkiyetine ve toplu yapıya geçilmesiyle doğar. Dolayısıyla ilk yapı ruhsatının alınmasından on yıl veya daha uzun bir süre sonra binaların inşasının tamamlanmış olması ihtimalinde, geçici yönetimin görevi henüz başlamadan bu hüküm gereği sona ermiş olacaktır.

⁷ *Arpacı*, Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim (Yönetim), İstanbul 1984, s. 16.

Toplu yapılarda yönetim açısından da bu tanım kullanılabilir. Örneklendirmek gerekirse, bir sitede, ortak yer niteliğindeki havuzun bakımı için bir şirketle anlaşılması, oyun alanındaki eskiyen salıncak vb. eşyanın satılması⁸, bağımsız bölüm maliklerinin her birinin bir fidan dikerek siteyi ağaçlandırmaları, yönetim işlerindedir.

Bir kat mülkiyeti ilişkisinde, bu gibi iş ve işlemlerde, yetkinin bağımsız bölüm maliklerine ait olduğu şüphesizdir. Dolayısıyla kat malikleri kurulu, hem kararları alan hem de onları icra eden bir kurul görünümündedir. Ne var ki kat malikleri kurulu, doğası gereği, duyulan ihtiyaçlara ve doğabilecek sorunlara her an yanıt verebilecek durumda değildir. Zira bu kurul, bağımsız bölüm maliklerinin toplanmasıyla oluşur ve her iş ve işlemlerde bu kurulun toplanması günümüzde adeta imkânsızdır.⁹

Bu nedenden dolayı ki, KMK m.34/f.1’de “Kat malikleri, anagayrimenkulün yönetimini kendi aralarından veya dışarıdan seçecekleri bir kimseye veya üç kişilik bir kurula verebilirler.” hükmü getirilmiştir. İşte bu kimseye ‘yönetici’, kurula da ‘yönetim kurulu’ adı verilir.

Maddenin bu ifadesinden, bir yönetim kurulu oluşturulacaksa mutlaka üç kişiden oluşması gerektiği gibi bir anlam çıkabilirse de, bu hükmün ‘Bir yönetim kurulundan söz edebilmek için en az üç kişinin varlığı şarttır.’ şeklinde yorumlanması gerekir.¹⁰ Bu noktada Yargıtay’ın üçten fazla sayıda kişiden oluşan bir yönetim kurulu seçilebilmesi için yönetim planında buna cevaz veren bir düzenleme bulunması gerektiğine ilişkin kararına dikkat çekmekte fayda vardır.¹¹ Doktrinde, çift sayıdan oluşan bir kurul seçildiğinde oyların eşit çıkması olasılığı bulunduğu ve bu riski bertaraf etmek için, yönetim kurulunun üç veya daha fazla tekli sayılardan oluşma-

⁸ Bununla birlikte anagayrimenkul üzerindeki tasarruf işlemleri, müşterek mülkiyete ilişkin MK m. 692 hükmü gereği ancak bütün paydaşların oybirliği ile alacakları karar üzerine yapılabilir (bkz. *Hatemi/Serozan/Arpacı*, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 112). Dolayısıyla, anagayrimenkul üzerinde bir başkasına sınırlı aynı hak tanınması dâhil, bu gibi işlemleri yöneticinin tek başına yapamayacağı aşikârdır (bkz. *Arpacı*, Yönetim, s. 16).

⁹ *Şengül*, Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul 2011, s. 586.

¹⁰ *Arpacı*, Yönetim, s. 198.

¹¹ Yargıtay 18. H.D. 04.04.2013, E. 3557 / K. 5592 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Kararda, anagayrimenkul maliklerine gereksiz mali külfet yüklememek için böyle bir sınırlama olduğu belirtilmiş; yönetim planında buna ilişkin bir düzenleme yokken beş kişilik bir yönetim kurulu seçilmesine ilişkin kat malikleri kurulu kararının yok hükmünde olduğu sonucuna varılmıştır.

sı gerektiği de savunulmaktadır.¹² Nitekim kanunun amacına uygun olan görüş de budur. Uygulamada sorun, yönetim planına konan, böyle bir eşitlik halinde en yaşlı üyenin yahut seçilmişse başkanın oyunun çift oy kabul edileceği gibi hükümlerle çözülmektedir.¹³

KMK'da bu madde dışında 'yönetici' teriminin kullanılıp, 'yönetim kurulu' ibaresinin kullanılmaması karşısında ise, yönetim kurulunun kurul olarak 'yönetici' sayılacağı ve yöneticilere ilişkin bütün hükümlerin kendilerine uygulanacağı belirtilmelidir.¹⁴

C. 5711 Sayılı Kanun'dan Önceki Dönem

KMK m.34/f.1 hükmü, lafzından da anlaşılacağı üzere, emredici nitelikte değildir. KMK m.34/f.2'de ise, anagayrimenkulün sekiz veya daha fazla bağımsız bölümü olması halinde yönetici atanmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Yargıtay'ın, sekizden az sayıda bağımsız bölümü olan binalarda dahi, kat maliklerinin anagayrimenkulün yönetiminde anlaşamamaları ve aralarından birinin talebi üzerine mahkemenin KMK m.34/f.6 uyarınca yönetici tayin edeceğine ilişkin kararları mevcuttur.¹⁵

Bu yöndeki kararlar isabetli değildir. Örneğin yedi bağımsız bölümün bulunduğu bir kat mülkiyeti ilişkisinde, bir kat malikinin isteği doğrultusunda diğer altı kat malikinin KMK m.40/f.3'e göre yöneticinin alacağı ücrete katlanmaları gibi kanunda öngörülmeleyen bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Söz konusu yerlerde yönetim konusunda uyuşmazlık yaşanabileceği düşünüldüğünde, olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından bu yöndeki kararlar olumludur. Ancak kanundaki açık düzenleme (*de lege lata*) karşısında varılan sonucun isabetli olduğunu söylemek mümkün değildir.¹⁶ Mevcut düzenleme karşısında bu sorun, söz konusu yerlere yönetici değil, MK hükümleri uyarınca kayyım atanması suretiyle çözülebilir.

¹² Özmen/Kır, Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, İstanbul 2010, s. 213.

¹³ Özmen/Kır, a.g.e., s. 213.

¹⁴ Arpacı, Yönetim, s. 198.

¹⁵ Yargıtay 5. H.D. 12.01.1970, E. 6243 / K. 65 (Arpacı, Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması (Kanun), İstanbul 2002, s. 143) ; Yargıtay 18. H.D. 18.02.1996 E. 12919 / K. 1343 (Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul 2014, dn. 296'dan naklen - Germeç, Kat Mülkiyeti Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 1026.)

¹⁶ Arpacı, Yönetim, s. 215.

1965 tarihli ve bir parsel üzerinde bir yapı esasına göre oluşturulmuş KMK'da dahi yönetime verilen önem bu şekilde ortaya konulmuştu. Yatay kat mülkiyetinin yaygınlaşmasıyla bu tarz yapılarda da hızlı ve sorunsuz bir yönetim düzeni yaratma ihtiyacı şiddetle hissedilmiştir. Bu nedenle 2814 sayılı Kanun¹⁷ ile 'Birden Çok Yapılarda Uygulanacak Özel Hükümler' başlıklı ek 3. madde sevk edilmiştir. Bu maddenin c bendine göre, "Blok yapılarda, bunlardan yalnız birine ilişkin sorunların çözümlenmesinde, kat malikleri kurulu, o blokta bulunan bağımsız bölüm maliklerinden oluşur."

Görüleceği üzere kanunkoyucu bu hükümle, ikili bir kat malikleri kurulu düzeni getirmiş ve sadece bir bloka ilişkin sorunların daha kolay çözülebilmesi için, kat malikleri kurulunun o taşınmazda bulunan bütün kat maliklerinden oluşacağı kuralına bir istisna getirmiştir. Ayrıca madde de belirtilmemekle beraber, kanunun ruhundan, ikiden fazla blok bulunan taşınmazlarda, görüşülecek konular sadece birkaç bloku ilgilendiriyorsa, kat malikleri kurulunun yalnızca o bloklardaki bağımsız bölüm maliklerinden oluşacağı anlaşılmaktadır.¹⁸

Ek 3. madde bu imkânı sağlamakla birlikte, birden fazla bloklarda her bir blokun kendi yöneticisini seçebilmesi hakkında bir düzenleme öngörmüyordu. Yargıtay da bir kararında, her bir blok için ayrı bir yönetim kurulu seçilmesinin düşünülemeyeceği sonucuna varmıştı.¹⁹ Bu karar, istisnai hükümlerin dar yorumlanması gerektiği prensibi göz önüne alınarak isabetli de görülebilirdi.

Diğer yandan, kanunda açıkça her bir blok için ayrı bir yönetim kurulu seçilmesi imkânı tanınmamakla birlikte, bunu engelleyici bir düzenleme de bulunmuyordu. Bu nedenle kanaatimce, kanun bir kat malikleri kurulu ihdas etmişse, orada yönetim oluşturulmasına da müsaade edilmelidir. Zira yönetici, kat maliklerinin yönetimle ilgili temsilcisi konumundadır.²⁰ Nitekim o dönemde doktrinde yönetim planına konacak bir hükümle

¹⁷ 2814 sayılı Kanun, 13.04.1983 tarihinde yasalaşmıştır.

¹⁸ *Arpacı, Yönetim*, s. 85.

¹⁹ Yargıtay 5. H.D. 30.03.1987, E. 4642 / K. 5592 (*Arpacı, Kanun*, s. 234).

²⁰ *Arpacı, Yönetim*, s. 15.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

blokların her biri için yönetim oluşturulabileceği görüşü doktrinde savunulmuştur.²¹

D. Toplu Yapılarda Yönetim

1. Kat Malikleri Kurulları

Ek 3. madde ile ‘bir parselde birden çok yapı’ ihtimali bünyesine dâhil edilen KMK, 5711 sayılı Kanun’la birlikte, ‘birden çok parselde çok yapı’ya ilişkin düzenlemeleri de içerir duruma gelmiştir. Üzerinde ayrıntılı durulmayacak olmakla birlikte, yöneticiye ilişkin KMK m. 71’e ışık tutması açısından, m. 69’da düzenlenen toplu yapılarda kat malikleri kurullarının listelenmesinde fayda vardır.

- Blok kat malikleri kurulu: Her bir parseldeki her bir blokun ve ortak yerlerinin (örneğin blokun asansörü, çatısı) yönetimi.

- Parsel kat malikleri kurulu: Bir parselde blok niteliğinde olmayan yapıların (örneğin villaların) + bloklarla ortak yerlerinin yönetimi.

- Ada kat malikleri kurulu: Adayı oluşturan parsellere ait ortak yerlerin yönetimi. (Bu yetki ada temsilciler kuruluna verilebilir.)

- Toplu yapı kat malikleri kurulu: Toplu yapı kapsamındaki ortak yapı, yer ve tesislerin yönetimi. (Bu yetki toplu yapı temsilciler kuruluna verilebilir.)²²

5711 sayılı Kanun ile birlikte Ek 3. madde yürürlükten kaldırılmış bulunmaktadır. Zaten KMK m. 69’da düzenlenen blok kat malikleri kurulunun Ek 3. maddenin c bendindeki kurulla aynı işlevi gördüğü, incelendiğinde rahatlıkla fark edilebilir. 5711 sayılı Kanun ise, blok kat malikleri kurulunu, yalnızca bir sorun çıktığında toplanıp karar alan bir kurul olmaktan çıkarıp, sürekli hâle getirmiş²³ ve yeni kurullar ihdas etmiştir.

Bu noktada Yargıtay’ın, toplu yapılarda yönetim organlarının henüz teşekkül etmediği ihtilaflarda KMK hükümlerinin değil, genel hükümlerin

²¹ Şengül, a.g.e., s. 587’den naklen - *Gökmar*, Kat Mülkiyeti Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu, Ankara 1996, s. 189.

²² KMK m. 69’da yalnızca ada ve toplu yapı temsilciler kurulundan bahsedilmekle birlikte, öğretide bunun blok kat malikleri ve parsel kat malikleri kurullarının da yönetimi temsilciler kuruluna bırakmasına engel teşkil etmediği, zira yönetici seçebildikleri; bu yetkinin yönetim planı ile de yasaklanamayacağı belirtilmektedir. Bkz. *Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir*, a.g.e., N. 2477 ve 2488-9.

²³ *Pulak*, Açıklamalı – İçtihatlı – Örnekli – Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2011, s. 741.

uygulanacağına dair kararlarına dikkat çekmekte fayda vardır.²⁴ Bu nedenle toplu yapılarda yönetim organlarının oluşturulması önem arz etmektedir.

2. Yönetici Seçimi

a) Kim Tarafından Seçileceği

KMK m.71/f.1 hükmü aynen şöyledir: “Yönetim plânında başka türlü düzenlenmedikçe, blok kat malikleri kurulu blok için, blok niteliğinde olmayan yapıların yer aldığı parseldeki kat malikleri kendilerine özgülünen ortak yer ve tesisler için, toplu yapı temsilciler kurulu ise toplu yapı kapsamındaki bütün ortak yapı, yer ve tesisler için yönetici ve denetçi atar.”

İlk olarak maddede “... atar” ifadesi tercih edilmek suretiyle, yöneticinin atanması, seçilmesiyle aynı anlamda gibi kullanılmıştır. Oysa yöneticinin kat malikleri kurulu veya temsilciler kurulu tarafından oylanarak göreve gelmesine ‘seçim’, KMK m.34/f.6’ya göre mahkeme tarafından görevlendirilmesine ise ‘atama’²⁵ veyahut daha doğru bir ifadeyle ‘görevlendirme’ denilmesinin çok daha isabetli olacağı kanaatindeyim.

Görüleceği üzere, maddede seçimi yapılacak olan üç grup yöneticiden söz edilmiştir. Bunlar:

- Blok kat malikleri kurulunun seçtiği her bir blokun yöneticisi. (Bu yönetici iç ilişkide söz sahibi olmakla birlikte; dış ilişkide, örneğin bir bloka sıcak su taşıyan borularda yaşanan sorunun çözülmesi konusunda, merkezî yönetim söz sahibi olmalıdır.)

- Blok niteliğinde olmayan yapıların bulunduğu parseldeki yapıların kat maliklerinin, kendilerine tahsis edilen ortak yer ve tesislerin yönetimi için seçecekleri yönetici.

- Toplu yapı temsilciler kurulu tarafından, toplu yapı kapsamındaki bütün ortak yapı, yer ve tesislerin yönetimi için seçilen yöneticiler.

Öncelikle, toplu yapı yöneticilerinin seçimi için getirilen hükmün yetersiz olduğu ifade edilmelidir. Maddede yönetici seçiminin toplu yapı temsilciler kurulu tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Oysa KMK m. 69 hükmüne göre toplu yapı kat malikleri kurulunun, toplu yapı temsilciler

²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, a.g.e., N. 2467a. Yargıtay 18. H.D. 13.05.2013, E. 6316 / K. 8137 ve 26.09.2013, E. 12004 / K. 12326 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

²⁵ Pulak, a.g.e., s. 755.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

kurulu oluşturması zorunlu değildir.²⁶ Eğer yönetim planında bu kurulun oluşturulacağına dair bir hüküm yer almıyorsa, komşu parsel de dâhil toplu yapı kat malikleri kurulunun toplanıp yönetici seçmesi gerekecektir.²⁷ Maddede doğrudan bu şekilde düzenleme yapılsaydı, zaten oluşturulduğunda toplu yapı temsilciler kurulunun yöneticiyi seçmesine bir engel olmayacaktı, zira toplu yapı temsilciler kurulu, toplu yapı kat malikleri kurulunun adına karar almaya yetkilidir.²⁸ Bu hüküm, 5711 sayılı Kanun'un yasalaşma sürecindeki özensizliği gözler önüne sermektedir.

Madde, 'yönetim planında başka türlü düzenlenmedikçe' ifadesiyle başlamaktadır. Dolayısıyla, yönetici seçiminde aranacak nisapları düzenleyen KMK m.71/f.2'nin aksine, bu düzenleme emredici değildir, yönetim planı ile farklı bir düzenleme yapılabilir.²⁹ Bu farklı düzenlemenin ne olacağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş, toplu yapı temsilciler kurulunun yönetici seçmek yerine yönetim kurulu olarak görev yapabileceğini savunmaktadır. Örneğin toplu yapı temsilciler kurulu beş kişiden oluşuyorsa, yönetim planında hüküm olması koşuluyla, bu beş kişi toplu yapı yönetim kurulu olarak görev yapabilecektir.³⁰ Ancak bu görüşün uygulanması halinde, sekiz veya daha fazla çift sayıda bağımsız bölümün bulunduğu bir kat mülkiyeti ilişkisinde sorun yaşanabilir.³¹

Diğer görüş ise, bu düzenlemenin, blok yapılar ve toplu yapı için yönetici seçilmeyebileceği anlamına gelmeyeceğini savunmaktadır. Bu yöndeki görüşlere göre yönetim planında başka türlü düzenlenebileceği belirtilen husus, ya yönetici seçim şekline³² ya da fıkra düzenlenmeyen, blok

²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, a.g.e., dn. 415 ve s. 716-720'de, kanunun düzenlemelerinin çelişkili olduğu vurgulanmış; KMK m. 69'a göre oluşturulması isteğe bağlı gibi görünse de, yönetici seçimine ilişkin KMK m.71/f.2 ve geçici yönetime ilişkin KMK m. 73 hükümlerinin, toplu yapı temsilciler kurulunun zorunlu organ olduğunu kabul etmeye götürdüğü belirtilmiştir. Karş. Özmen/Kır, a.g.e., s. 193.

²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, a.g.e., N. 2498'de, oluşturulması zorunlu olmakla birlikte, toplu yapı temsilciler kuruluna bu hususta yetki verilmemiş olabileceği ve bu durumda toplu yapı kat malikleri kurulunun yönetici seçimini yapmasının uygun olacağı belirtilmiştir.

²⁸ Özmen/Kır, a.g.e., s. 215.

²⁹ Aybay/Sanal, Açıklamalı İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 2010, s. 321.

³⁰ Özmen/Kır, a.g.e., s. 212.

³¹ Bu konuda bkz. yukarıda 'B. 'Yönetim' ve 'Yönetici' Kavramları' başlığı altında yapılan açıklamalar ve dn. 11 ve 12.

³² Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, a.g.e., N. 2494.

niteliğinde olmayan yapıların kendilerine özgülenen ortak yer ve tesis bulunmaması halinde yönetime ve adayı oluşturan parsellerdeki ortak yerlerin yönetimine; bunlarda yönetici seçilebileceğine ilişkindir.³³

Hükmün karşıt anlamından, kendilerine özgülenen ortak yer ve tesis bulunmaması halinde, blok niteliğinde olmayan yapıların kat maliklerinin yönetici seçemeyecekleri anlaşılmaktadır.³⁴ Kanunkoyucunun bu noktada bilinçli bir tercih yaptığını düşünmek için elimizde bir gerekçe olmasa da, hükmün lafzı karşısında bu kimselerin yönetici seçebileceklerini söylemek olanaklı değildir.³⁵ Zaten bu gibi yapıların sorunları, örneğin dış cephe sıvası, çoğunlukla toplu yapının ortak yerlerine ilişkin olacak ve dış ilişkide merkezî yönetim devreye girecektir.³⁶ Bu husus da göz önüne alındığında, KMK m.71/f.1 hükmünün emredici olmadığı; bunun da, yönetici seçilmesi zorunluluğunun bulunmadığı anlamına geldiği görüşünün daha isabetli olduğu kanaatindeyim.

Buna karşın, hükümde adalarda bulunan parsellere ait ortak yerler için bir ada yöneticisinin düzenlenmediği görülmektedir. Burada bir kanun boşluğu bulunmaktadır.³⁷ Yukarıda³⁸ açıklanan görüşüm doğrultusunda, kanundan aksi anlaşılmadıkça, kat malikleri kurulu bulunan birlikteliklerin yöneticisi de olabileceği düşüncesindeyim.³⁹ Doktrinde bu hususta yönetim planında düzenleme yapılabileceği, yönetim planında da bu konuya ilişkin bir düzenleme yoksa söz konusu boşluğun hâkim tarafından yönetici görevlendirilmesi suretiyle doldurulabileceği⁴⁰ veya ada kat malikleri kurulunun yönetici seçmeye yetkili olduğu⁴¹ savunulmaktadır.

b) Seçimde Aranacak Nisap

Maddenin ikinci fıkrası ise şu şekildedir: “Blok yöneticisi ve denetçisi, bloktaki kat maliklerinin; blok niteliğinde olmayan yapıların ortak yer ve

³³ *Pulak*, a.g.e., s. 753.

³⁴ *Pulak*, a.g.e., s. 753.

³⁵ Aksi görüşte, *Pulak*, a.g.e., s. 753.

³⁶ *Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir*, a.g.e., N. 2475.

³⁷ *Eren*, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 192; *Öktem Çevik*, Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul 2010, s. 198.

³⁸ Bkz. ‘C. 5711 Sayılı Kanun’dan Önceki Dönem’ başlığı altında yer alan açıklamalar.

³⁹ Aynı görüşte *Pulak*, a.g.e., s. 753.

⁴⁰ *Öktem Çevik*, a.g.e., s. 198.

⁴¹ *Eren*, a.g.e., s. 192; *Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir*, a.g.e., N. 2497.
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

tesisleri için yönetici ve denetçi, bu yapılardaki kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından çoğunluğu tarafından seçilir. Toplu yapı kapsamındaki bütün ortak yapı, yer ve tesisler için yönetici ve denetçi ise, toplu yapı temsilciler kuruluna katılan yönetici ve temsilcilerin, yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısının salt çoğunluğunun oyu ile atanır.”

Hükümde bu kez de hem ‘seçme’ hem ‘atama’ ifadeleri kullanılmıştır. Aslında her iki halde de yöneticinin seçilmesi durumu söz konusudur. Farklı anlamlar taşıyan iki kavramın aynı anlama geliyormuş gibi kullanılması, kanun yapma tekniği açısından son derece hatalıdır.⁴²

Kanunkoyucu ilk iki çeşit yöneticinin seçilmesinde sayı ve arsa payı olarak çifte çoğunluk aramıştır. Bu karar nisabı, KMK m.34/f.4’te aranan çoğunluk ile aynıdır. Buna göre yönetici seçimi için bütün kat maliklerinin sayı ve arsa payı bakımından çoğunluğunun oyu gerekir. Toplantı yeter sayısı sağlanamadığı için ilk toplantının yapılamaması halinde toplantı yeter sayısı aranmaksızın yapılacak olan ikinci toplantıda dahi yönetici seçimi açısından bu nisap aranır.⁴³

Bu çifte çoğunluk sağlanmadan alınan bir karar, kanunun aradığı irade beyanlarının mevcut olmaması nedeniyle yok hükmündedir.⁴⁴ Yargıtay ise bu konuya ilişkin bir davada, söz konusu kurul kararı iptal edilene kadar seçilmiş kimsenin yönetici sayılacağını belirterek, son derece yanlış bir sonuca ulaşmıştır.⁴⁵ Hukuk tekniği açısından, böyle bir karara göre seçilen yöneticinin yaptığı fiilî işler vekâletsiz iş görme, hukukî işlemler ise yetkisiz temsil hükümlerine tabi olacaktır. Sonrasında bu işlemlere kat maliklerinin bireysel olarak icazet vermeleri, toplamda aranan nisap sağlanmış olsa dahi, yalnızca kendileri açısından sonuç doğuracaktır. Kat malikleri kurulunun gerekli çoğunluğu sağlayıp icazet vermesi halinde ise bu işlemler tüm kat malikleri için bağlayıcılık kazanır ve bunun yanı sıra yönetici seçimi de yapılmış olur.

Maddede toplu yapı yöneticisinin seçimi için, toplu yapı temsilciler kuruluna katılan üyelerin, yönettikleri ve temsil ettikleri bağımsız bölüm sayısının salt çoğunluğunun oyu yeterli görülmüştür. Bunun nedeni, toplu yapılarda yönetici seçilememesi suretiyle yönetim krizi çıkmasının önüne

⁴² *Pulak*, a.g.e., s. 755.

⁴³ *Pulak*, a.g.e., s. 755.

⁴⁴ *Arpacı*, Yönetim, s. 174.

⁴⁵ Yargıtay 5. H.D. 12.11.1984, E. 9943 / K. 9531 (*Arpacı*, Kanun, s. 146-147).

geçilmek istenmesidir. Salt çoğunluk, toplu yapı temsilciler kurulu toplantısında karar alınmaması olasılığını büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır. “Oyların yönetici adayları arasında yarı yarıya bölünmesi ve oylamanın böylece kilitlenmesi uzak bir olasılıktır.”⁴⁶ Diğer yönden bakıldığında ise bu durum kat maliklerinin aleyhine sonuçlara da yol açabilir. Bu nedenle KMK m.71/f.2 hükmü nisbî emredici olarak kabul edilmeli, daha düşük bir nisabı yeterli gören düzenlemelere izin verilmemekle birlikte⁴⁷, kat maliklerine güvence sağlayan bir düzenleme olarak, toplu yapı yöneticisinin seçimi için de çifte çoğunluk sağlanması gerektiği hususu yönetim planında kararlaştırılabilir.

c) Yönetici veya Yönetim Kurulu Üyelerinde Aranacak Şartlar

KMK m.34/f.1, kat malikleri dışındaki kimselerin de yönetici veya yönetim kurulu üyesi olabileceğini düzenlemektedir. Toplu yapılara ilişkin özel düzenleme bulunmadığı için, KMK m. 74’ün atfıyla, bu hüküm toplu yapı yöneticileri için de uygulanır. Kanunda aksine bir düzenleme bulunmadığından, yönetim planında yöneticilerde aranacak özel şartlar getirilebilir. Bu şartlara örnek olarak belirli bir meslek dalında tecrübe sahibi olmak yahut belirli alanlarda yükseköğrenim görmüş olmak gösterilebilir.⁴⁸ Fakat kat maliklerinin yönetici olma hakkını engelleyen veya eşitliği bozacak derecede sınırlamalar getiren hükümler yönetim planında yer alamaz.⁴⁹ İsviçre ve Alman hukukunda da görüş bu yöndedir.⁵⁰

Yönetici veya yönetim kurulu üyesi olacak kimselerin aynı zamanda fiil ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Yani kısıtlı olmayan, ergin ve ayırt etme gücüne sahip kimseler bu görevi üstlenebilir. Ayrıca, velayet ve vesayet makamlarının iznini almak kaydıyla ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı da yönetici olabilir. Kendisine kayyım atanmış olması da, bir kimsenin yönetici olarak seçilmesine kural olarak engel teşkil etmez.⁵¹

⁴⁶ *Pulak*, a.g.e., s. 754-755.

⁴⁷ Aksi görüşte, bu hükmün en azından toplu yapı yöneticisi açısından yedek hukuk kuralı olarak anlaşılması ve yönetim planında salt çoğunluktan daha az bir nisap aranabileceği konusunda bkz. *Özmen/Kır*, a.g.e., s. 224.

⁴⁸ *Şengül*, a.g.e., s. 611-612.

⁴⁹ *Arpacı*, *Yönetim*, s. 222.

⁵⁰ *Şengül*, a.g.e., s. 612, dn. 369.

⁵¹ *Arpacı*, *Yönetim*, s. 220.

Yeri gelmişken sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin yönetici olarak seçilmesi, kendisinin bunu kabulü ve yasal temsilcisinin buna izin veya icazet vermesi durumunun sonuçları da değerlendirilmelidir. Öncelikle yönetici ile kat malikleri arasında bir vekâlet sözleşmesi⁵² söz konusu olduğu için, vekili borç altına sokan bu işlemin izin veya icazet ile birlikte hükümlerini doğuracağından şüphe etmemek gerekir. Burada sorun, bu sınırlı ehliyetsiz yöneticinin bir yıl boyunca yapacağı işlemler için, tek bir seferde izin verilip verilemeyeceği meselesidir. Bu noktada, birden çok iş yapılmasını gerektiren sıradan bir vekâlet sözleşmesi gibi düşünüldüğünde, daha sonra her işlem için ayrıca izin veya icazet verilmesine gerek olmadığı söylenebilir. Ancak yönetici kat malikleri adına ve hesabına işlem yaptığından, sınırlı ehliyetsizin korunması açısından baştan verilecek tek bir iznin yeterli olmadığı da savunulabilecektir.

İkinci görüşün kabul edilmesi halinde kat mülkiyetinde yönetim bir hayli aksayacaktır. Bunun önüne geçmek için yönetim planında sınırlı ehliyetsiz yöneticinin, yasal temsilcisinin izin veya icazeti olmadan işlem yapabileceğinin belirtilmesi de bir çözüm getirmez, zira ehliyete ilişkin hükümler emredici olduğundan böyle bir kayıt kesin hükümsüz olur. Tüm bunlar düşünüldüğünde, bir sınırlı ehliyetsizin yönetici olamaması gerektiği de ileri sürülebilir. Ancak bu görüşün kabul edilebilmesi için, kanunda yasaklayıcı açık bir hüküm bulunması gerekmektedir. Bu noktada bir kanun boşluğundan da söz edilebilir.

Kamu hizmetlerinden yasaklanma, iflas etmiş olma, siyasî haklardan yoksunluk veya yüz kızartıcı bir suçtan mahkûmiyet de yönetici seçilmeye engel değildir. Bununla birlikte bu gibi hâller, yöneticinin görevden alınması için haklı sebep teşkil edebilir.⁵³

Tüzel kişilerin toplu yapılarda yönetici olup olamayacağı hususu ise tartışmalıdır. *Arpacı*'ya göre klasik kat mülkiyetinde, "yöneticilik görevi tüzel kişiye verilince, söz konusu gerçek kişiler (organ veya temsilciler) değişebilecek ve belki de bu suretle, tüzel kişi adına hareket eden, yani fiilen yöneticilik görevini yürüten kişiler kat maliklerinin hiç de güven ve saygı duymadıkları kimseler" olabilecekleri için yönetim tüzel kişilere bırakılamaz.⁵⁴

⁵² Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, a.g.e., N. 2329.

⁵³ *Arpacı*, Yönetim, s. 222.

⁵⁴ *Arpacı*, Yönetim, s. 221.

Bir diğer görüş ise özellikle büyük toplu yapılarda yeterli tecrübe ve alt yapıya sahip bir yönetim şirketinin pek çok konunun çözümünde önemli bir işlev görebileceği düşüncesiyle tüzel kişilerin toplu yapılarda yönetici olabileceğini savunmaktadır.⁵⁵ Uygulamada da yönetim yetkisinin çoğunlukla profesyonel yönetim şirketlerine verildiği görülmektedir.⁵⁶ Kanatımca, hem klasik kat mülkiyeti için yapılan açıklamalar, hem de KMK m. 71'in tasarısında yer alan "Yöneticilik görevi tamamen veya kısmen bu işle ilgili bir tüzel kişiye de verilebilir." hükmünün kanunkoyucu tarafından benimsenmemesi nedeniyle, tüzel kişilerin toplu yapılarda yönetici olamayacağı görüşü daha isabetlidir.⁵⁷

d) Yönetici veya Yönetim Kurulunun Görev Süresi

KMK m.34/f.5'e göre, "Yönetici her yıl kat malikleri kurulunun kanuni yıllık toplantısında yeniden atanır; eski yönetici tekrar atanabilir." Bu düzenleme, klasik kat mülkiyetinde olağan toplantıların her sene yapılacağını düzenleyen KMK m.29/f.1 ile paralellik taşımaktadır. Bu süre azami bir süre olup, yönetim planında düzenleme yapılarak yöneticinin görev süresinin bir yıldan daha az bir süre olarak gösterilmesi de mümkündür.⁵⁸

Toplu yapılarda ise kanunî (olağan) kurul toplantıları, 5711 sayılı Kanun'la KMK m. 29'a yapılan ekleme hükmü gereğince, "en geç iki yılda bir defadan az olmamak üzere yönetim planlarında gösterilen zamanlarda, böyle bir zaman gösterilmemişse, ikinci takvim yılının ilk ayı içinde toplanır." Dolayısıyla toplu yapılarda yöneticinin görev süresinin iki yıl olduğu sonucuna varılabilir.⁵⁹ Bunun aksine, özellikle azınlıkta kalan kat maliklerinin haklarının savunulması bakımından onların yararına olan sonucun, görev süresinin bir yıl ile sınırlandırılması olduğu, kanunun da bunu amaçladığı savunulabilir.

Toplu yapılarda da yönetim planı ile bir yıldan daha kısa bir görev süresi kararlaştırılabileceği şüphesizdir. Burada muhakkak belirtilmesi gereken husus ise, toplu yapılarda yöneticinin görev süresi amaçsal yorum

⁵⁵ Şengül, a.g.e., s. 614.

⁵⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N. 2478'de, oluşturulması zorunlu görülen toplu yapı temsilciler kurulunun kat malikleri arasından teşekkül edebileceği ya da dışarıdan veya profesyonel bir oluşum olabileceği belirtilmiştir.

⁵⁷ Aksi görüşte bkz. Şengül, a.g.e., s. 614.

⁵⁸ Arpacı, Yönetim, s. 218.

⁵⁹ Şengül, a.g.e., s. 614-615.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

sonucunda kural olarak bir yıl olarak kabul edilse dahi, KMK m. 29 hükmü karşısında en azından, yönetim planında kararlaştırılmak suretiyle iki yıla kadar çıkarılabileceği görülmüştür. Görev süreleri, toplu yapı içerisinde yer alan çeşitli yöneticiler için ayrı ayrı da gösterilebilir.⁶⁰ Kanaatimce kanunun bütün hükümlerini aynı anda anlamlı kılan görüş de budur.

3. Yöneticinin Görevleri

5711 sayılı Kanun'la değişik KMK m.34/f.9'a göre, yukarıda anlatılanlar ışığında seçimi yapılan yöneticinin adı-soyadının ve ev-iş adresinin, ana-gayrimenkulün kapısı yanına veya girişte görülecek bir yere çerçeve içinde asılması zorunludur. Aksi hâlde, ilgilinin başvurması üzerine sulh mahkemesince, yöneticiye veya yönetim kurulu üyelerinin her birine, 50 TL ile 250 TL arası idarî para cezası verilir.

Kat mülkiyetinde yöneticinin görevleri KMK'nın 35-37. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu bakımdan dokuzuncu bölümde toplu yapılara ilişkin özel bir düzenleme getirilmiş bulunmadığı için, söz konusu hükümler bünyesine uygun düştüğü ölçüde toplu yapıda görev alacak yöneticiler için de kıyasen uygulanacaktır.⁶¹

a) Genel Yönetim İşlerinin Görülmesi

KMK m. 35'e göre yöneticinin görevleri, yönetim planında belirtilir. Yönetim planında aksine hüküm olmadıkça, yöneticinin maddede belirtilen ve aşağıda açıklanan işleri göreceği ifade edilmiştir. Bu itibarla söz konusu hüküm bir yedek hukuk kuralı niteliğindedir. Kanaatimce Alman hukukundaki sistem benimsenerek, yönetim planı ile kaldırılamayacak görevlerin ayrıca listelenmesi çok daha isabetli olurdu.⁶²

a- Kat malikleri kurulunca verilen kararların yerine getirilmesi: Mesela, yöneticinin kat malikleri adına bizzat veya bir avukat aracılığıyla dava açması veya icra dairelerinde onları temsil etmesi, üçüncü bir kişi ile kat malikleri adına hukukî işlemler yapması veya anataşınmazın bahçe düzenlenmesinin yapılması gibi tamamen fiilî nitelikteki bir işin yapılması.⁶³ Yöneticinin bu bentte belirtilen görevi, yürütme organı olarak, kat

⁶⁰ Şengül, a.g.e., s. 616.

⁶¹ Öktem Çevik, a.g.e., s. 203.

⁶² Öktem Çevik, a.g.e., s. 203 dn. 186.

⁶³ Arpacı, Yönetim, s. 203.

malikleri kurulu tarafından verilen kararların icra edilmesidir. Bu bent dışında kalan görevleri yerine getirmesi için yöneticinin kat malikleri kurulu kararına ihtiyacı yoktur.⁶⁴

b- Anagayrimenkulün gayesine uygun olarak kullanılması, korunması, bakımı ve onarımı için gereken tedbirlerin alınması: Yönetici, kanunun bu hükmüne uyan görevlerini yerine getirmek ve dolayısıyla bu hususta yetkili olmak için kat malikleri kurulu kararına muhtaç değildir. Ancak buradaki işler, alelâde nitelikteki yönetim işleridir. Eğer yapılacak iş, kat malikleri için önemli malî külfetler getirecek nitelikteyse, bu hususta kat malikleri kurulu kararı gerekir.⁶⁵ Bu nitelikte bir iş olmasına karşın, işin acele yapılması gerekiyorsa ve gecikme zarara yol açacaksa, kat malikleri kurulu kararı beklenmeden de gerekli harcamalar yapılabilir.⁶⁶

c- Anagayrimenkulün sigorta ettirilmesi: Zorunlu deprem sigortası gibi kanunen yapılması zorunlu olan sigortaların yaptırılması açısından toplu yapı kapsamındaki yöneticilerin bir yükümlülüğü vardır. Bunlar dışındaki sigortaların yaptırılması açısından ise bir yükümlülüğün söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, sel gibi doğal afetlere karşı veya buna benzer rizikolar için yapılacak zorunlu olmayan zarar sigortaları sözleşmelerinin yapılması, ancak kat malikleri kurulunun buna ilişkin bir karar vermiş olması durumunda yönetici için bir görev teşkil edecektir. Aksi halde yöneticinin böyle bir görevi yoktur.⁶⁷ Kurul kararı üzerine anagayrimenkulü sigorta ettiren yönetici, gerekli miktar paranın toplanması ve zamanında sigorta şirketine ödenmesi konusunda da görevlidir.⁶⁸

d- Anagayrimenkulün genel yönetim işleriyle korunma, onarım, temizlik gibi bakım işleri ve asansör ve kalorifer, sıcak ve soğuk hava işletmesi ve sigorta için yönetim planında gösterilen zamanda, eğer böyle bir zaman gösterilmemişse, her takvim yılının ilk ayı içinde, kat maliklerinden avans olarak münasip miktarda paranın toplanması ve bu avansın harcanıp bitmesi halinde, geri kalan işler için tekrar avans toplanması görevi. Bu

⁶⁴ Örneğin yönetici, anagayrimenkulün genel yönetimine ilişkin ihtilaflarda dava açmaya yetkilidir. Bunun dışında kalan uyumsuzluklar için ise kat malikleri kurulu tarafından kendisine temsil yetkisi verilmesi gerekmektedir. Bkz. *Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir*, a.g.e., N. 2351-3.

⁶⁵ *Arpacı*, *Yönetim*, s. 226.

⁶⁶ *Pulak*, a.g.e., s. 424.

⁶⁷ *Öktem Çevik*, a.g.e., s. 206.

⁶⁸ *Arpacı*, *Yönetim*, s. 227.

paranın keyfi olarak kullanılması ihtimaline karşı tedbir amacıyla KMK m.34/f.8 hükmüne göre yöneticiden, seçilirken kendisiyle yapılan sözleşme uyarınca veya sözleşmede kararlaştırılmasa dahi haklı bir sebebin ortaya çıkması durumunda teminat göstermesi istenebilir.⁶⁹

e- Anagayrimenkulün yönetimiyle ilgili diğer bütün ödemelerin kabulü, yönetim dolayısıyla doğan borçların ödenmesi ve kat malikleri tarafından ayrıca yetkili kılınmışsa, bağımsız bölümlere ait kiralardan toplanması: Bu bent kapsamındaki ödemelere örnek olarak kat maliklerine düşen genel gider payı, sigorta giderleri, vergiler, vs. gösterilebilir.⁷⁰ Kat maliklerinin temsilcisi olarak kiralardan toplanması, anataşınmazın yönetimine ait işlerden sayılmaz, sadece basit temsil ilişkisi ile ilgili bir husustur.⁷¹ Burada olsa olsa kat maliklerinin müşterek mülkiyetinde bulunan bir ortak yer veya tesis niteliğindeki bir bağımsız bölüme ait kiranın toplanmasından söz ediliyor olabilir.

f- Anagayrimenkulün tümünü ilgilendiren tebligatın kabulü: Yalnızca bir veya birkaç bağımsız bölüme ilişkin tebligatların yönetici tarafından kabul edilmesi gerekmez.⁷² Diğer görevlerde olduğu gibi, burada da hüküm toplu yapıya uyarlanmalı ve örneğin blok yöneticisinin blokun tümünü ilgilendiren konularda yapılan tebligatları kabul etme görevinin bulunduğu vurgulanmalıdır.⁷³

g- Anagayrimenkulü ilgilendiren bir sürenin geçmesine veya bir hakkın kaybına meydan vermeyecek gerekli tedbirlerin alınması: Bunlara örnek olarak, belediyenin anagayrimenkulde değer artışını sağlayan bir kararının derhal kat malikleri kuruluna bildirilmesi; sigorta bildirge ve primlerinin, vergilerin zamanında ödenmesi gösterilebilir.⁷⁴

h- Anagayrimenkulün korunması ve bakımı için kat maliklerinin yararına olan hususlarda gerekli tedbirlerin, onlar adına, alınması: Bu noktada örneğin bahçenin girişine beton döktürülmesi veya giriş kapısına daha sağlam bir kilit düzeni yaptırılması, anagayrimenkulün korunması ve bakımı için gerekli ise yöneticinin görevleri arasında yer alacaktır. Yönetici

⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, a.g.e., N. 2331.

⁷⁰ Öktem Çevik, a.g.e., s. 207.

⁷¹ Arpacı, Yönetim, s. 228.

⁷² Arpacı, Yönetim, s. 228.

⁷³ Öktem Çevik, a.g.e., s. 207.

⁷⁴ Arpacı, Yönetim, s. 229.

acele tedbirleri aldıktan sonra artık bir de kat malikleri kurulu onayına ihtiyaç yoktur. Kanun bu görevi yüklemekle, yöneticiyi bu konuda aynı zamanda her bir kat maliki gibi yetkili kılmıştır.⁷⁵

i- Kat mülkiyetine ilişkin borç ve yükümlerini yerine getirmeyen kat maliklerine karşı dava ve icra takibi yapılması ve kanunî ipotek hakkının kat mülkiyeti kütüğüne tescil ettirilmesi: Yönetici, öndelik ve gider payını ödemeyen kat maliklerine karşı dava açıp, icra takibi yapmak ve yasal ipotek hakkının tapu siciline tescil ettirilmesini sağlamakla yükümlüdür.⁷⁶

j- Topladığı paraları ve avansları yatırmak ve gerektiğinde almak üzere muteber bir bankada kendi adına ve fakat anagayrimenkulün yönetici sıfatı gösterilmek suretiyle, hesap açtırılması: Kanunda belirtilmemekle beraber yönetici, söz konusu paraları dürüstlük kuralı gereği mümkün olan en kısa süre içerisinde bankaya yatırmakla yükümlüdür. Kanundaki ‘muteber banka’ ibaresi, ilgili mevzuat uyarınca kurulmuş ve faal olan ülke içindeki bütün bankaları ifade edecek biçimde anlaşılmalıdır.⁷⁷ Söz konusu hesap, vadeli olabileceği gibi vadesiz hesap da olabilir.⁷⁸

k- Kat malikleri kurulunun toplantıya çağırılması: Toplu yapılarda kat malikleri kurulları, yukarıda ‘Yönetici veya Yönetim Kurulunun Görev Süresi’ başlığı altında yapılan açıklamalar doğrultusunda belirlenecek zamanlarda toplanacaktır. Toplu yapıda yöneticiler, yönetimini üstlendikleri kat malikleri kurullarını olağan veya olağanüstü toplantılarına çağırarakla yükümlüdür.

l- Anagayrimenkulde bulunan asansörlerin güvenli bir şekilde işletilmesinin sağlanması amacıyla aylık bakımları ile yıllık kontrollerinin ilgili teknik düzenlemelere uygun şekilde yaptırılması ve bu işlemlere ilişkin ücretlerin ödenmesi: Yöneticinin bu görevi, KMK m. 35’e, 04.04.2015 tarihli 6645 sayılı Kanun’un⁷⁹ 82. maddesi vasıtasıyla eklenmiştir. Bu hususun yöneticinin görevleri arasında düzenlenmesinin son derece isabetli olduğu söylenmelidir. Ayrıca aynı madde ile KMK m. 35’e getirilen ek fıkra uyarınca, KMK m. 34’te belirtilen şartları taşımasına rağmen yönetici

⁷⁵ Arpacı, Yönetim, s. 229.

⁷⁶ Öktem Çevik, a.g.e., s. 209.

⁷⁷ Arpacı, Yönetim, s. 230. Bu bankanın ‘güvenli’ bir banka olması gerektiği görüşünde, Öktem Çevik, a.g.e., s. 210.

⁷⁸ Öktem Çevik, a.g.e., s. 209 dn. 200.

⁷⁹ 6645 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 23.04.2015, sayı 29335. YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

seçimi yapılmayan anagayrimenkulde, yukarıda sayılan işlerin görülmesinden kat malikleri müştereken sorumludurlar.

b) Defter Tutulması ve Belgelerin Saklanması

KMK m.36/f.1'e göre; yönetici, kat malikleri kurulunun kararlarını, protokollerini, yapılan ihtar ve tebligatın özetini ve tarihlerini ve bütün giderleri, m. 32'de sözü geçen deftere tarih sırası ile yazmaya ve bu defteri ve giderlerin belgeleriyle diğer bütün belgeleri bir dosyada saklamaya mecburdur. Burada bahsedilen defter, KMK m.32/f.4'te belirtilen karar defteridir. Madde hükmüne göre, toplu yapıda yer alan yöneticiler, ilgili kat malikleri kurullarının kararlarını, protokolleri, yapılan ihtar ve tebligatın özetini ve tarihlerini ve bütün giderleri, karar defterine tarih sırasıyla yazmakla ve bu defteri diğer belgelerle birlikte saklamakla görevlidir.⁸⁰

KMK m.36/f.2'ye göre, karar defterinin, her takvim yılının bitmesinden başlayarak bir ay içinde yönetici tarafından notere kapattırılması zorunludur.

Son fıkrada ise, maddede yazılı bu görevleri yerine getirmeyen yöneticiye KMK m. 33'ün son fıkrasında belirtilen, yani 250 TL ile 2.000 TL arası idarî para cezası yaptırımının uygulanacağı belirtilmiştir.

c) İşletme Projesinin Yapılması

2814 sayılı Kanun'la değişik KMK m. 37 hükmünün birinci fıkrasında kat malikleri kurulunca kabul edilmiş işletme projesinin olmaması halinde yöneticiye gecikmeksizin bir işletme projesi yapma görevi yüklenmiştir. Toplu yapılarda bu projeyi, bloklar için blok yöneticileri, blok niteliğinde olmayan yapılar için onlar için seçilmiş olan yönetici, toplu yapı için ise toplu yapı yöneticisi hazırlar.⁸¹

İşletme projesinde hangi hususların yer alacağı maddenin ikinci fıkrasında aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

a- Anagayrimenkulün bir yıllık yönetiminde tahmini olarak gelir ve gider tutarları;

b- Tüm giderlerden her kat malikine, KMK m. 20'deki esaslara göre düşecek tahmini miktar;

⁸⁰ Öktem Çevik, a.g.e., s. 211.

⁸¹ Öktem Çevik, a.g.e., s. 213.

c- Tahmini giderlerle diğer muhtemel giderleri karşılamak üzere her kat malikinin KMK m. 20'deki esaslara göre vermesi gereken avans tutarı.

Elbette toplu yapılarda, örneğin blok yöneticisi, yalnızca ilgili blokun bir yıllık tahmini gelir ve giderleri, ada ve toplu yapı yönetim giderleri dışında kalan blok ortak giderlerinden yönetim planı ve KMK m. 20 gereğince düşmesi olası miktarı ve avans tutarını işletme projesinde gösterecektir. Bu tahmini miktarlar belirlenirken bir önceki yılın gelir ve gider tutarları nazara alınmalıdır.⁸² Daha sonra yıl içerisinde yapılan masraflar, ilgili yönetici tarafından blok veya toplu yapı masrafı olarak açıkça kaydedilirse, projeye göre toplanan aidatların masraflara dağıtılmasında sorun yaşanmaz.⁸³

KMK m.37/f.3'e göre işletme projesi, "kat maliklerine veya bağımsız bölümden fiilen yararlananlara, imzaları karşılığında veya taahhütlü mektupla bildirilir. Bildirimden başlayarak yedi gün içinde projeye itiraz edilirse durum kat malikleri kurulunda incelenir ve proje hakkında, karar verilir, gerekirse yeni bir proje hazırlanır."

Yargıtay bir kararında isabetli olarak, itiraz üzerine kat malikleri kurulunda incelenen ve onaylanarak kesinleşen işletme projesinin iptaline ilişkin davada, husumetin projeyi olumlu oylarıyla onaylamış olan kat maliklerine yöneltilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁸⁴

KMK m. 37'nin son fıkrasında, kesinleşen işletme projeleri veya kat malikleri kurulunun işletme giderleri ile ilgili kararlarının, İcra ve İflas Kanunu m.68/f.1'de belirtilen belgelerden sayılacağı belirtilmiştir. Yani yönetici, bu proje veya kararlara dayanarak yapılan ilamsız icra takibine itiraz halinde, kendisine tebliği tarihinden itibaren altı ay içinde itirazın kaldırılmasını isteyebilir. Yargıtay'ın genel gider ve aylık avans paylarının ilgisinden alınabilmesi için bir yıllık işletme projesinin kesinleşmesini arayan kararlarının⁸⁵ yanında, işletme projesi usulüne uygun tebliğ edilmemiş olsa bile borçlu kat malikinin gecikme tazminatından sorumlu tutulacağını söylemesi⁸⁶ tutarlı değildir. Zira bu ihtimalde işletme projesine

⁸² Arpacı, Yönetim, s. 235.

⁸³ Öktem Çevik, a.g.e., s. 214-5.

⁸⁴ 18. H.D. 24.01.2006, E. 11117 / K. 153 (Karahasan, Kat Mülkiyeti Hukuku c. 2, İstanbul 2007, s. 289).

⁸⁵ Yargıtay Kararları Dergisi 9/1984, s. 1236 (Aybay/Sanal, a.g.e., s. 246).

⁸⁶ 18. H.D. 02.05.1994, E. 791 / K. 6098 (Karahasan, a.g.e., s. 289)

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

itiraz süresi henüz başlamamış olacak ve dolayısıyla projenin kesinleştiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

4. Yöneticinin Sorumlulukları

KMK'nın 38-39. maddeleri, kat mülkiyetinde yöneticinin sorumluluklarını düzenlemektedir. Bu bakımdan dokuzuncu bölümde toplu yapılara ilişkin özel bir düzenleme getirilmiş bulunmadığı için, söz konusu hükümler niteliği itibarıyla uygun düştüğü ölçüde toplu yapıda görev alacak yöneticiler için de kıyasen uygulanacaktır.⁸⁷

a) Genel Kural

KMK m. 38'e göre; "Yönetici, kat maliklerine karşı aynen bir vekil gibi sorumludur." Bu hüküm karşısında şüphesiz Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) vekilin sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁸⁸ Dolayısıyla toplu yapıda yer alan yöneticiler, ilgili kat maliklerinin açık talimatlarına aykırı hareket edemezler. TBK m. 505'e göre, yönetici, kat malikleri kurulundan derhal karar alınmasının mümkün olmadığı, ancak imkân olsaydı kurulun rıza göstereceğinin açık olduğu konularda, ilgili kat malikleri kurulunun talimatına aykırı hareket edebilir. Bu hükmün uygulama alanı, özellikle görev alanı oldukça geniş olan toplu yapı yöneticisi açısından dikkatlice ve dar bir biçimde belirlenmelidir. Aksi tutum, toplu yapı yönetim düzeninin bozulmasına yol açabilir.⁸⁹

Yine vekilin özen borcu kapsamında, toplu yapıdaki yöneticilerin, işlerinin gerektirdiği özeni göstermeleri ve sadakat borcuna uygun olarak kat maliklerinin çıkarları aleyhine iş ve işlemlerden kaçınmaları gerekmektedir.⁹⁰ Bu noktada TBK m.506/f.3'te vekilin özen borcunun belirlenmesinde "benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış" şeklinde objektifleştirilmiş bir özen ölçütüne yer verildiği unutulmamalıdır.

KMK m. 38 hükmüne 5711 sayılı Kanun'la getirilen ek fıkra ise şöyledir:

⁸⁷ Öktem Çevik, a.g.e., s. 214.

⁸⁸ Arpacı, Yönetim, s. 240.

⁸⁹ Öktem Çevik, a.g.e., s. 214.

⁹⁰ Öktem Çevik, a.g.e., s. 215.

“Kat malikleri kurulu, ada temsilciler kurulu veya toplu yapı temsilciler kurulu kararlarının iptaline ilişkin davalar, kat maliklerini temsilen yöneticiye, toplu yapılarda ise ada temsilciler kurulu veya toplu yapı temsilciler kurulunca seçilen yöneticiye husumet yöneltilmesi suretiyle açılabilir. Yönetici, açılan davayı bütün kat maliklerine ve ada veya toplu yapı temsilciler kuruluna duyurur. Kurul kararının iptali halinde bu konudaki yargılama giderleri ortak giderlerden karşılanır.”

Böylelikle, kurul kararlarının iptaline ilişkin davalarda, işlerin yavaşlamasına neden olan olumlu oy veren tüm kat maliklerinin hasım gösterilmesi zorunluluğu toplu yapılar için kaldırılmış ve husumetin yöneticiye yöneltilmesi yeterli sayılmıştır.⁹¹ Kanımca, tebligat ve yargılama giderleri gibi usul hukukunun sorunlu noktalarında işleri hızlandıracak olan bu düzenleme, toplu yapıların ne denli geniş kapsamlı olduğu göz önüne alındığında, oldukça isabetlidir.⁹²

b) Hesap Verme

Yöneticinin hesap verme zamanı açısından, KMK m. 39 hükmü getirilmiştir. Buna göre yönetici; yönetim planında yazılı zamanlarda, eğer böyle bir zaman yazılmamışsa her takvim yılının birinci ayı içinde (veya toplu yapılarda kat malikleri kurullarının iki yılda bir toplanacağı görüşü kabul edilirse iki yılda bir) kat malikleri kuruluna, anagayrimenkul dolayısıyla o tarihe kadar elde edilen gelirlerin ve yapılmış olan giderlerin hesabını vermekle yükümlüdür.

Ayrıca KMK m.39/f.2’ye göre, kat maliklerinin yarısı isterse, bunların arsa payları ne olursa olsun, yönetim planında yazılı zamanlar dışında da hesabın gösterilmesi toplu yapı içinde görev alan yöneticilerden istenebilir. Bu hüküm, vekilin TBK m. 508’de düzenlenen hesap verme borcunun bir yansımasıdır.⁹³

⁹¹ Uygulamada da bu yönde kararlar verilmeye başlanmıştır, bkz. Yargıtay 18. H.D. 12.12.2011, E. 9405 / K. 12631. Bununla birlikte husumetin yöneticiye yöneltilmesi zorunlu değildir. Bu imkân kullanılmayarak dava doğrudan olumlu oy veren kat maliklerine karşı da açılabilir, bkz. Yargıtay 18. H.D. 13.12.2011 E. 6088 / K. 12805 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁹² Öktem Çevik, a.g.e., s. 216.

⁹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, a.g.e., N. 2354.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

c) Harap Olma Halinde Bildirme

KMK m.48/f.1'deki, anataşınmazın tümünün veya bir kısmının harap olması halinde durumun yönetici tarafından tapu idaresine ve bütün kat maliklerine bildirilmesi görevinin yerine getirilmemesi halinde doğacak zararın beşte biri oranındaki kısmından yöneticinin, bağımsız bölümü harap olan kat maliki ile birlikte müteselsilen sorumlu olacağına ilişkin hüküm de toplu yapılardaki yöneticiler açısından kıyasen uygulanacaktır.⁹⁴

5. Yöneticinin Hakları

KMK'nın 40. maddesi, kat mülkiyetinde yöneticinin haklarını düzenlemektedir. Bu bakımdan dokuzuncu bölümde toplu yapılara ilişkin özel bir düzenleme getirilmiş bulunmadığı için, söz konusu hükümler niteliği itibarıyla uygun düştüğü ölçüde toplu yapıda görev alacak yöneticiler için de kıyasen uygulanacaktır.⁹⁵

Daha önce de belirtildiği üzere kat malikleri ile yönetici arasında vekâlet sözleşmesi bulunmaktadır. Bu doğrultuda, KMK m. 40'ta yöneticinin, kural olarak vekilin haklarına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla TBK m. 510 gereğince yönetici, genel yönetim işlerini gereği gibi görmesi için yaptığı masrafları ve bu sebeple uğradığı zararların tazminini kat maliklerinden isteyebilir.⁹⁶

KMK m.40/f.3 hükmüne göre yönetici, yönetim planında veya kendisiyle yapılan sözleşmede bir ücret tayin edilmemiş olsa bile, kat maliklerinden uygun bir ücret isteyebilir. Kanunkoyucunun bu bakımdan, vekâlet sözleşmesinde vekilin ücrete hak kazanması için TBK m.502/f.3 hükmünde aradığı taraflarca kararlaştırılması veya bu yönde teamül bulunması şartından ayrıldığı görülmektedir. TBK'ya göre aslolan ücretsiz vekâletken, KMK'da yöneticinin yönetim planında veya sözleşmede belirlenmiş olmasa dahi ücret talep edebileceği belirtilmiştir.⁹⁷

Yöneticinin kat malikleri arasından seçilmiş olması ihtimalinde ücretin nasıl tahsil edileceği konusunda; KMK'nın eski hükmü, yöneticinin, aksi kararlaştırılmadıkça, anagayrimenkulün yönetildiği yıla ilişkin yönetim giderlerinden muaf tutulacağını söylüyordu. KMK m.40/f.4'ün, 2814

⁹⁴ Arpacı, Yönetim, s. 242.

⁹⁵ Öktem Çevik, a.g.e., s. 218.

⁹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, a.g.e., N. 2355.

⁹⁷ Arpacı, Yönetim, s. 242-3; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, a.g.e., N. 2329.

sayılı Kanun'la değişik hükmüne göre ise, kat malikleri arasından atanmış yöneticinin normal yönetim giderlerine katılıp katılmayacağı, katılacaksa, ne oranda katılacağı, kat malikleri kurulu tarafından kararlaştırılır. Bu yolda bir karar alınmamış ise, yönetici yönetim süresince kendisine düşen normal yönetim giderlerinin yarısına katılmaz. Bu hüküm de eskisi gibi emredici nitelikte değildir, yönetim planında yöneticinin, üzerine düşen yönetim giderlerinin tamamından muaf olacağı da kararlaştırılabilir.⁹⁸ Toplu yapılar açısından kararı verecek olan kat malikleri kurulu, yöneticinin yönetimiyle ilgilendiği kat malikleri kuruludur. Bu konuda bir karar alınmamış ise kat malikleri kanunun hükmüyle bağlıdırlar.⁹⁹

Yönetici kat malikleri arasından seçilmemiş ve gerek yönetim planında gerekse kendisiyle yapılan sözleşmede ücret kararlaştırılmamışsa, kararı kat malikleri kurulu verecektir. Eğer toplu yapıda ilgili kurul ücret vermeyi reddeder veya KMK m.40/f.3'te belirtilen 'uygun' kriterine aykırı bir ücret takdir eder ise, ücretin tespiti için, toplu yapının bulunduğu yerdeki mahkemeye başvurulur.¹⁰⁰

Bir vekâlet sözleşmesi söz konusu olduğu için TBK m. 512 ile paralel olarak yöneticinin istifası veya azli her zaman mümkündür. Bu noktada yalnızca mahkemece görevlendirilen yönetici açısından KMK m.34/f.7 istisnası vardır. Hükme göre bu yönetici görevlendirmeden itibaren altı ay boyunca ancak haklı bir sebeple ve görevlendirmeyi yapan mahkemenin müsaadesiyle azledilebilir. Bunun dışında haklı bir sebebe dayanmasa da istifa veyahut azil sonucu yöneticinin bu sıfatı ve dolayısıyla yetkileri sona erer. Eğer istifa veya azil haklı sebebe dayanmıyorsa tazminat borcu doğabilir. Örneğin azil haklı bir sebebe dayanmıyorsa, yönetici sözleşme süresince alacağı ücreti isteyebilir.¹⁰¹

KMK m.40/f.2'ye göre, kat malikleri, kendilerine düşen borçları ve yükümleri yönetici tarafından noterlik kanalıyla yapılan ihtara rağmen vaktinde ve tamamen yerine getirmezlerse, yönetici, hiçbir tazminat ödemeye mecbur olmaksızın, kendine ait sözleşmeyi feshedip yöneticilikten çekilerek bu yüzden uğradığı zararın tazminini kat maliklerinden isteyebilir.

⁹⁸ Arpacı, Yönetim, s. 243.

⁹⁹ Öktem Çevik, a.g.e., s. 219.

¹⁰⁰ Arpacı, Yönetim, s. 247.

¹⁰¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, a.g.e., N. 2360-2.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Bu hüküm açısından, yöneticinin bu durumlarda vekâletten istifası için her zaman haklı bir sebep oluşmayacağı, tam tersine yöneticinin böyle durumlarda istifa etmeyip, ilgili kat malikini KMK m.35/b. i gereğince dava veya takip etmekle görevli olduğu belirtilmelidir. İstifada haklı görülebilmek için, kat maliklerinin, ya şahsen yöneticiye karşı olan borçlarını yerine getirmemiş ya da anagayrimenkulün yönetimine ilişkin bir borcu ihlâl etmekle yönetimi önemli bir şekilde güçleştirmiş bulunması gerekmektedir.¹⁰²

2814 sayılı Kanun ile sevk edilen KMK ek 2. maddeye göre sözleşmesi sona eren veya kat malikleri kurulunca herhangi bir nedenle feshedilen, dışarıdan atanan yönetici, kendisine bu görevi dolayısıyla bir yer tahsis edilmişse, bu yeri onbeş gün içerisinde boşaltmak zorundadır. Bu süre içinde boşaltılmadığı takdirde bu yer kat maliklerinden herhangi birinin başvurusu üzerine başkaca tebligata lüzum kalmadan mahallî mülki amirlerin kararı ile bir hafta içinde zabıta eliyle boşalttırılır. İdareye ve yargı organlarına yapılacak başvurular da bu kararın yerine getirilmesini durdurmaz. Eğer mevcutsa bu bağlamda yöneticinin kanundan ve sözleşmeden doğan hakları saklıdır.

E. SONUÇ

Tüm bu anlatılanlar ışığında, KMK'nın toplu yapılarda yönetici veya yönetim kuruluna ilişkin düzenlemelerinin yetersiz olduğu söylenmelidir. Her ne kadar yöneticinin görevleri, sorumlulukları ve hakları açısından, klasik kat mülkiyetine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasında çoğunlukla bir sorun yaşanmıyor gibi gözükse de; toplu yapılar için özel düzenleme getirilen, yöneticinin kim tarafından seçileceği ve seçimde uyulması gereken nisap konularında muğlaklık bulunması düşündürücüdür. Bazı noktalarda, kanunun kaleme alınışındaki özensizlik dolayısıyla hükmün emredici nitelikte olup olmadığı dahi anlaşılabilmesi, kimi yerde değişen bir hususun, bir başka konuda karşılığının bulunmayışı, kanunkoyucunun tam olarak hangi sonuca ulaşmak istediği konusunda tereddütler yaratmakta ve uygulamada sorunlara yol açmaktadır.

Buna rağmen toplu yapılarda yönetime ilişkin özel hükümler sevk edilmesi yerinde olmuştur. Bu çalışmada da gözetildiği gibi, ikilem yara-

¹⁰² Arpacı, Yönetim, s. 248.

tabilecek hususlarda amaca dayalı yorum yapılmalı, toplu yapı yönetiminin tıkanmaması ve bağımsız bölüm maliklerinin çıkarlarının korunması hususları dikkatle göz önünde bulundurulmalıdır. Bundan sonraki süreçte ilmî ve kazaî içtihatlarla şekillenecek olan isabetli kuralların, en kısa sürede pozitif hukuka yansması, mahkemelerin işini kolaylaştıracak ve kat maliklerinin çıkarlarına da hizmet edecektir.

KISALTMALAR

- a.g.e.: adı geçen eser
 b.: bent
 bkz.: bakınız
 c.: cilt
 dn.: dipnot
 E.: esas
 f.: fıkra
 H.D.: Hukuk Dairesi
 K.: karar
 Karş.: Karşılaştırınız
 KMK: Kat Mülkiyeti Kanunu
 m. : madde
 MK: Medeni Kanun
 N.: Numara
 RG: Resmi Gazete
 s.: sayfa
 TBK: Türk Borçlar Kanunu
 vd. : ve devamı

KAYNAKÇA

ARPACI, Abdülkadir: Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması, İstanbul 2002.

ARPACI, Abdülkadir: Türk Hukukuna Göre Kat Mülkiyetinde Yönetim, İstanbul 1984.

AYBAY, Aydın / **SANAL**, Nezihi: Açıklamalı İçtihatlı Kat Mülkiyeti Kanunu, İstanbul 2010.

- EREN**, FİKRET: Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014.
- GERMEÇ**, MAHİR ERSİN: Kat Mülkiyeti Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2014.
- GÖKNAR**, Hikmet: Kat Mülkiyeti Devre Mülk ve Yabancıların Tasarrufu, Ankara 1996.
- HATEMİ**, Hüseyin / **SEROZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- KARAHASAN**, Mustafa Reşit: Kat Mülkiyeti Hukuku c. 2, İstanbul 2007
- Kazancı** Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.
- OĞUZMAN**, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe: Eşya Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2014.
- ÖKTEM ÇEVİK**, Seda: Toplu Yapılarda Yönetim, İstanbul 2010.
- ÖZMEN**, E. Sabâ / **KIR**, Hafize: Kat Mülkiyeti Kanunu Değişiklikleri Şerhi ve Eleştirisi, İstanbul 2010.
- PULAK**, T. Murat: Açıklamalı – İçtihatlı – Örnekli – Notlu Kat Mülkiyeti Kanunu, Ankara 2011.
- SEMERCİ**, Tuğba: Toplu Yapılarda Genel Kurul, İstanbul Barosu Dergisi, c. 87 Sayı 2 (2013), s. 190 vd.
- ŞENGÜL**, Mehmet: Türk Medeni Hukukunda Toplu Yapılar ve Toplu Yapı Yönetimi, İstanbul 2011.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN SZKORITS v. MACARİSTAN DAVASI'NDA VERDİĞİ MÜLKİYET HAKKININ İHLALİNE İLİŞKİN 16.12.2014 TARİHLİ KARARININ ÇEVİRİSİ*

(TRANSLATION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS' 16.12.2014 DATED DECISION OF THE SZKORITS v. HUNGARY CASE ON THE BREACH OF PROPERTY RIGHT)

Araş. Gör. / Res. Asst. Gizem ZURNACI**

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararında başvuran (başvurucu) maliki olduğu arazinin zilyetliğini uzunca bir süre elde edememiş olmasından ötürü mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme başvuruyu incelemiş ve somut olayda arazinin zilyetliğinden uzunca bir süre mahrum bırakılan başvuranın bu süreç içinde mülkünü kullanamadığını, tasarruf işlemlerinde bulunamadığını ve bu durumun yetkililerin tapu sicilini gereği gibi tutmamalarından kaynaklandığını tespit etmiş; dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek Protokolü'nün birinci maddesi uyarınca mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Birinci Ek Protokol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mülkiyet hakkı.

ABSTRACT

Within the scope of his application before the European Court of Human Rights, the Petitioner argued that his property rights had been

* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesi Kararı, Başvuru no. 58171/09, 16.09.2014, Strazburg. Kararın İngilizce metni için bakınız: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{fulltext:\[SZKORITS\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{fulltext:[SZKORITS]}>)>, (Erişim tarihi: 10.05.2015).

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: gizem-zurnaci@gmail.com

breached for the reason that for a long time he could not acquire the possession of the land he owned. The Court has reviewed the Petition, and decided that the Petitioner was deprived of the possession of his property for a long time, during which time, he could neither use, benefit, nor dispose of his property. The Court established that this situation was the result of the authorities' failure to comply with necessary procedures at the land registry. For this reason, the Court held that the property rights of the Petitioner had been breached under Article 1 of the Protocol to the European Convention on Human Rights.

Keywords: *Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protocol No. 1 of the Convention, right of property.*

(AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İKİNCİ DAİRESİ)
SZKORITS v. MACARİSTAN DAVASI, (Başvuru no. 58171/09)
KARAR, STRAZBURG, 16.09.2014
NİHAİ KARAR, 16.12.2014

İşbu karar Sözleşmenin 44§ 2 maddesi uyarınca kesinlik kazanmıştır. Şekli düzeltilmelere tâbi tutulabilir.

Szkorits/Macaristan davası'nda,

Başkan,

Guido Raimondi,

Yargıçlar,

Işıl Karakaş,

András Sajó,

Nebojša Vučinić,

Helen Keller,

Egidijus Kūris,

Jon Fridrik Kjølbro,

ve Daire Yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'in katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire) heyeti 26 Ağustos 2014 tarihinde yapılan gizli müzakereler sonrasında aynı tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. İşbu davanın konusunu Macar vatandaşı Zsigmond Szkorits'in ("başvuran") Macaristan Devleti'ne karşı İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme ("Sözleşme")'nin 34. maddesi uyarınca 26 Ekim 2009 tarihinde Mahkeme'ye yaptığı (58171/09 numaralı) başvuru oluşturmaktadır.

2. Başvuran başvurusunu yaptıktan sonra 16 Mart 2012 tarihinde vefat etmiştir. Bununla birlikte ölenin kızı ve tek mirasçısı olan Dobrilla Szkorits başvurunun devamı talebinde bulunmuştur.

3. Başvuran Budapeşte'de faaliyet gösteren Avukat Gy. Schestak tarafından temsil edilmiştir. Macar Hükümeti ("Hükümet") ise Kamu Yönetimi ve Adalet Bakanlığı'nın görevlendirdiği Z. Tallodi tarafından temsil edilmiştir.

4. Başvuran esas olarak, kendisine tahsis edilen arazi parçasının zilyetliğini elde edememesinin bir sonucu olarak mülkiyet hakkının dokunulmazlığının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

5. 17 Aralık 2012 tarihinde başvuru Hükümete tebliğ edilmiştir.

MADDİ VAKIALAR

I. SOMUT OLAYIN ÖZELLİKLERİ

6. Başvuran, 1929 yılında doğmuş ve Budakalasz'da ikamet etmiştir.

7. Başvuranın 4.59 "gold crowns"¹ (*aranykorona*) değerindeki paylı mülkiyete tâbi bir arazi parçası üzerinde paylı mülkiyet hakkı bulunmaktaydı. Söz konusu arazi ne zaman başladığı bilinmeyen bir tarihten itibaren sosyalist bir kolektif çiftlik tarafından hâkimiyet altında tutulmuş ve kullanılmıştır. 1993 tarihli Toprak İskânı ve Toprak Dağıtımını Komisyonları Hakkındaki II Numaralı Kanun'un kabul edilmesini takiben, Pest İlçesi Tapu Sicili bu nitelikteki taşınmazların bölünmesi hakkında bir plân kabul etmiştir. Bu karar daha sonra Bacs-Kiskun ve Pest İlçesi Zararları Tazmin Bürosunca onanmıştır.

¹ Çevirenin Notu: Arazi değerinin hesaplanmasında toprağın verimliliği, kullanılabilirliği, sulama olanakları gibi ölçütleri dikkate alarak belirlenen hesap birimi. Macaristan'da 1 hektar arazinin karşılığı ortalama olarak 22-24 "gold crowns"a karşılık gelmektedir. Bkz., Farm Restructuring and Land Tenure in Reforming Socialist Economies: A Comparative Analysis of Eastern and Central Europe, World Bank Publications 1995, s.18. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

8. Pest İlçesi Tapu Sicili 15 Kasım 1999 tarihinde, Budakalasz köyünde bulunan 979 metrekarelik tarıma elverişli toprak parçasının 3305 parti numarası altında özelleştirilmesine karar vermiştir. Bu karar Eski Hale İade ve Tazminat İşleri Bölge Müdürlüğüne onanmıştır. 15 Kasım 1999'da başvurana Tarım Bölge Müdürlüğü'nce arazinin mülkiyeti verilmiştir ve 28 Ağustos 2000 tarihinde mülkiyet hakkı tescil edilmiştir.

9. Bununla birlikte, başvuran, kendisine verilen arazi apaçık şekilde işgal edilmiş olup komşu arazi mülkelerince kullanılmakta olduğundan arazinin zilyetliğini elde edememiştir.

10. Başvuran Bölge Noterliği'ne yaptığı başvuruda kullanım hakkına haksız yere müdahale edildiği gerekçesiyle müdahalenin önlenmesi talebinde bulunmuştur. Bu talebin reddi üzerine, mülkiyet hakkını korumak amacıyla komşularına karşı Budapeşte II/III Bölge Mahkemesi'nde hukuk davası açarak ret kararının gözden geçirilmesini talep etmiştir.

11. Bu dava derdestken, davalılar kadastro haritalarının düzeltilmesi için işlem başlatmışlardır. Yeniden haritalama işlemleri esnasında, bölge tapu sicili 3305 numaralı arazinin gerçekte var olmadığını fark etmiştir. Bir üst merci olan ilçe tapu sicili de bu bulguyu doğrulamış ve 21 Haziran 2006 tarihinde başvurana 3305/1 numaralı yeni bir arazi parçası tahsis etmiştir. Ne var ki, söz konusu arazi parçası başvurana önceden tahsis edilen daha küçük ve anlaşıldığı üzere tarıma elverişli olmayan bir arazidir.

Eldeki uyuşmazlıktan tamamen ayrı olarak, 16 Aralık 2005 tarihinde Budakalasz yetkili makamlarınca tapu sicilindeki mevcut yanlışlıkları ortadan kaldırmak amacıyla kayıtları dijital ortamda tutan yeni bir sisteme geçilmiştir.

12. Başvuranın hukuk davası yeniden kadastro işlemleri tamamlanana kadar askıya alınmıştır. İlçe Tapu Sicili'nin nihai kararı üzerine, 3305 numaralı arazi parçası gerçekte var olmadığı için davalıların başvuranın arazisini hukuka aykırı olarak kullanmaları gibi bir durum söz konusu olamayacağından Bölge Mahkemesi 15 Aralık 2006 tarihinde davayı reddetmiştir. Başvuran bu kararı temyiz etmiştir.

13. Başvuran yeniden haritalama kararının gözden geçirilmesi için hukuki yollara başvurduğundan daha sonra temyiz incelemesine ara verildiği anlaşılmaktadır. İdare mahkemesindeki bu işlemler sırasında topoğraf bilirkişi başvurana ilk verilen arazinin topoğrafik ve düzenleme yanlışlık-

larıyla kayda geçirildiğini ve bunların yeniden haritalama işlemleri esnasında usulüne uygun şekilde düzeltildiğini tespit etmiştir. Bu nedenle, Pest Bölge Mahkemesi 13 Mart 2008 tarihinde başvuranın talebini reddetmiştir ve bu karar 28 Nisan 2009 tarihinde Yüksek Mahkemece onanmıştır.

14. Yeniden haritalama işlemlerinin sonucunda başvurana ait bulunan arazinin nerede bulunduğu belirli hale gelmiş ve bu arazinin davalılardan hiçbirinin zilyetliğinde olmadığı hususu açıklığa kavuşmuş olduğundan, başvuran ilk derece mahkemesinin 15 Aralık 2006 tarihli kararına karşı yaptığı temyiz başvurusundan feragat etmiştir.

15. Yukarıdaki işlemlerin sonucunda, başvuran mülkiyeti iktisap ettikten on yıl sonra, yani 2009 yılı içerisinde, arsanın zilyetliğine nihayet kavuşabilmiştir.

16. 28 Ekim 2009 tarihinde başvuran Bölge ve İlçe Tapu Sicil Müdürlüklerine karşı görevli memurların işlemlerinden dolayı tazminat davası açmıştır. Söz konusu dava 13 Mart 2012 tarihinde Buda Bölge Yüksek Mahkemesince reddedilmiştir. Mahkeme başvuranın çeşitli yetkili makamlara faydasız bir dizi başvuruda bulunmak suretiyle zararına kendi davranışıyla yol açtığına hükmetmiştir.

17. Başvuran bu kararı temyiz etmiş; bununla birlikte, temyiz işlemleri başvuranın 16 Mart 2012 tarihinde ölümü üzerine mirasçısının davaya devam etme ihtimali göz önünde tutularak askıya alınmıştır. Anlaşıldığı üzere söz konusu temyiz başvurusu halen derdesttir, diğer bir deyişle temyiz işlemleri askıda kalmaya devam etmektedir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. D. SZKORITS'IN DAVAYA KATILMA HAKKI OLUP OLMADIĞI HUSUSUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

18. Mahkemenin en başta da belirttiği üzere başvuran, başvurusunu yaptıktan sonra 16 Mart 2012 tarihinde vefat etmiştir. Ölenin kızı ve aynı zamanda tek mirasçısı olan D. Szkoritz, başvuruyu devam ettirmek istediğini Mahkemeye beyan etmiştir.

19. Mahkeme, dava devam ederken davacının ölmesi halinde, açılmış olan davaya devam edilip edilmeyeceği konusunda ölenin mirasçılarının ve ailelerinin yakın üyelerinin arzularının dikkate alındığını belirtmektedir. (bkz., örneğin, *E.B. and Others v. Austria*, nos. [31913/07](#), [38357/07](#), [48098/07](#), [48777/07](#) ve [48779/07](#), § 60, 7 Kasım 2013; ve *Ergezen v. Tur-*

key, no. 73359/10, § 27, 8 Nisan 2014). Mahkeme görülmekte olan bu davada farklı bir sonuca ulaşmak için herhangi bir neden görmemekte ve bu nedenle başvuranın kızı olan D. Szkorits'in ölen tarafından yapılan başvuruya devam edebileceğini kabul etmektedir.

II.1 NO'LU PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

20. Başvuran 1999 yılında kendisine tahsis edilen arazinin zilyetliğini elde edememiş olmasından ötürü mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Bu hususta talebini Sözleşme'nin 13. maddesi ile 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesine dayandırmıştır.

21. Mahkeme talebin yalnızca 1 No'lu Protokolün 1. maddesi uyarınca değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir. Söz konusu hüküm şu şekildedir: "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka harçların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez."

Hükümet başvuranın bu iddiasına karşı çıkmıştır.

A. Kabul Edilebilirlik

22. Hükümet esas itibariyle başvuran tarafından devlet memurlarının sorumluluğuna ilişkin açılmış olan dava halen devam ettiğinden ve iddia edilen zararın tazmini için milli mahkemeler önünde başvurulacak hukuki çareler henüz tükenmediğinden başvuranın Sözleşme kapsamında bir ihlalin mağduru olarak düşünülmemeyeceğini ileri sürmüş, bu nedenle şikâyetin kabul edilemeyeceği hususunda itirazda bulunmuştur.

23. Mahkeme başvuranın zilyetliğini korumak için hukuki yollara başvurduğu ve sonrasında komşularının uyuşmazlık konusu arazi parçasının sınırlarının yeniden belirlenmesi amacıyla başlattıkları idari işlemlere taraf olduğu noktalarına dikkat çekmektedir. Bu bakımdan, Mahkeme şu hususu hatırlatır ki, birden fazla hukuki çarenin bulunması halinde, başvuran birden fazlasına başvurmak zorunda bırakılamaz (bkz., *Karako v.*

Hungary, no. 39311/05, § 14), ve hangi hukuki yola başvuracağı başvurunun tercihine bırakılmıştır (bkz., mutatis mutandis, *Airey v. Ireland*, 9 Ekim 1979, § 23, Series A no.32). Sonuç olarak, Mahkemeye göre başvurusunu yapmadan önce başvuranın tazminat davalarının sonucunu beklemeye zorlanması makul bir yaklaşım değildir. Bunun yanında, Mahkeme, başvuranın, 1 No’lu Protokolün 1. maddesinde korunmuş bulunan haklarının ihlaline çözüm bulan bir hukuki sonuca da ulaşamamış olduğu hususuna dikkati çekmektedir. Dolayısıyla, başvuranın Sözleşme’nin 34/1. maddesi anlamında mağdur sıfatını haiz olmadığı kabul edilemez. Devlet’in itirazı bu nedenle reddedilmelidir.

Ayrıca, Mahkeme’ye göre anılan şikâyet Sözleşme’nin 35/3(a) maddesi bakımından sarıh bir biçimde yanlış gerekçeye dayandırılmıştır. Bunun dışında, başka bir hukuki gerekçeye istinaden de davanın kabul edilemeyeceği iddiası isabetli değildir. Bu nedenlerle davanın kabul edilebileceği sonucuna varmak gerekir.

B. Davanın Esası

24. Başvuran, Tarım Bölge Müdürlüğü’nce kendisine arazi tahsis işleminin yapıldığı 1999 yılından itibaren aralıksız olarak mâlik hanesinde kayıtlı olduğunu ve milli mahkemelerin kendisini hukuki korumadan yoksun bıraktığını ileri sürmüştür. Bunun bir sonucu olarak başvuran arsanın zilyetliğini elde edememiştir. Başvuran, yetkili mercilerce zaten tanınmış olan mülkiyet hakkını, Bölge Müdürlüğü’nün verdiği karar ve bunun üzerine tapu siciline yapılan tescil sonucu kazandığını iddia etmiştir.

25. Hükümet’e göre ise başvuran arazi parçasının hiçbir zaman maliki olamamıştır ve bunun bir sonucu olarak 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi anlamında “mevcut bir mülkiyet hakkı”ndan mahrumiyet söz konusu değildir. Hükümet geçerli bir mülkiyet hakkının ancak tapu siciline tescil için hukuki dayanak oluştuğunda ve zilyetlik devredildiğinde kazanılabileceği gerekçesiyle başvuranın 1999’da verilen Tarım Bölge Müdürlüğü kararına istinaden arazinin mâliki olamayacağını ileri sürmüştür. O halde, geçerli bir mülkiyet hakkı bulunmadığından, Sözleşme kapsamında başvuranın ihlal edilmiş bir hakkı da yoktur.

26. Mahkeme, tarafların, başvuranın 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesi ile korunabilecek bir mülkiyet hakkına sahip olup olmadığı noktasında uyuşmazlık içerisinde oldukları hususuna işaret eder. Bu nedenle Mahke-

me öncelikle başvuranın hukuki durumunu değerlendirerek bu konuda bir karar vermek durumundadır (bkz. *Beyeler v. Italy* [GC], no. 33202/96, §98, ECHR 2000-I).

27. 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ile “mevcut mülkiyet hakkı” yanında başvuranın hiç değilse mülkiyet hakkından etkin bir şekilde yararlanmasını sağlayacak meşru bir beklenti içerisinde olduğu yönündeki iddialar dahil olmak üzere diğer bazı hak ve menfaatler de korunmaktadır. Fakat söz konusu hüküm mülk edinme hakkını garanti altına almamaktadır.

Dahası, 1. maddenin ilk fıkrasındaki “mal mülk” kavramı maddi varlıkların mülkiyeti ile sınırlı olmayan ve iç hukukun kanuni niteliğinden bağımsız özerk bir anlam taşımaktadır (bkz., *Zakova v. The Czech Republic*, no. 2000/09, §48, 3 Ekim 2013). Bir Devletin milli hukukunun belli bir menfaati ve hatta “mülkiyet hakkını” “hak” olarak tanımaması, söz konusu menfaatin belli bazı durumlarda 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında bir “mal mülk” olarak kabul edilmeyeceği anlamına gelmemektedir (bkz., *Brosset-Triboulet and Others v. France* [GC], no. 34078/02, §71, 29 Mart 2010).

28. Eldeki uyuşmazlıkta, meselenin, zilyetliğin devri olmadan, Tarım Bölge Müdürlüğü'nün kararının başvurana 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinde korunan bir hak bahşedip bahşetmediği noktasında incelenmesi gerekmektedir.

29. Mahkeme ilk olarak 3305 no'lu arazi üzerindeki mülkiyet hakkının başvuran adına 30 Kasım 1999 tarihinde tapu siciline tescil edildiğini belirtmektedir. Söz konusu zamanda kadastro haritalarının usulüne uygun tutulmadığı ve bu haritalarda aynı araziye ait çifte tapu kayıtları içeren yanlışlıklar bulunduğu anlaşılmaktadır. (bkz., yukarıda paragraf 11). Mahkeme ayrıca şu hususa dikkat çekmektedir ki, en azından başvuranın faydalanmasını teminen arazi dağıtılması gibi durumlarda, milli hukuka göre tapu sicilinde bir kaydın bulunması mülkiyet hakkının kazanılması bakımından tek başına yeterli olmamakta, bunun için ayrıca zilyetliğin devri gerekmektedir.

Ne var ki, 21 Haziran 2006 tarihinde tapu sicilinin düzeltilmesi ve bunun Yüksek Mahkeme'ce de uygun bulunmasıyla başvuran arazinin maliki olarak kayıtlı kalmaya devam etmiştir. Tapu Sicili'nin almış olduğu karar, başvuranın mülkiyet hakkında sadece mülkiyet konusu arazinin bu-

lunduğu yer bakımından bir değişiklik yapmakta, bunun dışında mülkiyet hakkının özüne dokunan bir durum yaratmamaktadır. Bunun bir sonucu olarak Mahkeme, zilyetliği hiç kazanamamış olsa bile, başvuranın kendisini Tarım Bölge Müdürlüğü'nün tahsis etmiş olduğu arazinin mâliki olarak kabul etmesini haklı bulmaktadır.

30. Mahkeme'ye göre olayların birçoğunda yetkili makamların bizzat kendilerinin başvuranın söz konusu arazi parçasında haklı bir mülkiyet iddiası olduğunu kabul etmiş ve hatta onu arazinin maliki olarak görmüş olmaları esasında bu sonucu desteklemektedir.

31. Bilhassa, başvuranın müdahalenin önlenmesi talebinde bulunmasını takiben idari yargıda uyuşmazlık konusu olan davada Budapeşte II/III Bölge Mahkemesi başvuramı 3305 no'da kayıtlı arazi parçasının maliki olarak kabul etmiştir, fakat talebi başvuran arazinin zilyetliğini, böyle bir yer gerçekte var olmadığı için, hiç kazanamadığından reddetmiştir (bkz., yukarıda paragraf 12).

32. Dahası, başvuranın komşularının tapu sicilindeki haritaların düzeltilmesi için başlattıkları idari işlemlere bakan ilk derece ve ikinci derece idari makamlar başvuranın söz konusu arazi parçasına malik olduğunu kabul etmekte iseler de, komşu arazilerle birleştirildiği için bu arazinin gerçekte hiç var olmadığını ve bu duruma da tapu sicilinin yanlış tutulmasının yol açtığını tespit etmişlerdir. Yetkili makamlar bu problemi başvurana yeni bir kayıt numarası altında başka bir arazi parçası vermek suretiyle çözmüşlerdir. Daha sonra bu kararın hukuki denetimini yapan Pest İlçesi Bölge Mahkemesi, işlemlerin tarafların mülkiyet haklarını ortadan kaldırmadığını, sadece tapu sicilindeki yanlışlıkların düzeltildiğini ifade etmiştir (bkz. yukarıda paragraf 13). Yüksek Mahkeme'nin kararına göre, idari karar başvuranın mülkünün bulunduğu yeri değiştirmek suretiyle tapu sicilindeki yanlışlığı düzeltmiştir.

33. Mahkeme'nin görüşüne göre, bu unsurların tamamı göstermektedir ki, somut olaydaki tazminat talebi bakımından milli hukukun gerektirdiğinin aksine başvuran, uyuşmazlık konusu arazi parçasının doğrudan zilyetliğini hiç kazanamamış olsa bile, 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca korunan bir mülkiyet hakkına sahiptir. Aslında, onun zilyetliği elde etmek için yaptığı girişimlerin sonuçsuz kalması bu Mahkemenin önündeki uyuşmazlığın asıl konusunu teşkil etmektedir.

Bu şartlar altında, Mahkeme, başvuranın arazi parçasının zilyetliğine kavuşma hususunda haklı bir beklentiye ve dolayısıyla 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında bir "malvarlığı" menfaatine sahip olduğu kanaatindedir. Dolayısıyla söz konusu hüküm görülmekte olan davaya uygulanabilecektir.

34. Mahkeme 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin üç ayrı kuralı ihtiva ettiğini vurgulamaktadır: birinci paragrafın birinci cümlesinde yer alan ilk kural, genel nitelik taşımaktadır ve mülkiyet hakkının dokunulmazlığı prensibini belirtmektedir; ilk paragrafın ikinci cümlesinde belirtilen ikinci kural, mülkiyet hakkından yoksun bırakma konusunu düzenlemekte ve bunun belirli koşullara bağlı olduğunu ifade etmektedir; ikinci paragrafta yer alan üçüncü kural ise Sözleşmeyi imza eden devletlerin diğer hususlar arasında kamu yararına uygun olarak mülkiyet hakkının kullanımını kontrol etmeye yetkili olduğunu ifade etmektedir (bkz., *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 Eylül 1982, 61, Series A no.52).

35. 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin temel amacı bir kimsenin mülkiyet hakkının dokunulmazlığını Devletin haksız müdahalelerine karşı korumaktır.

36. Bununla birlikte, Sözleşmenin 1. maddesi gereğince, Sözleşmeye taraf olan devletler "hâkimiyetleri altında bulunan herkesin Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlüklerini temin etmekle yükümlüdür". Bu genel yükümlülük, Sözleşmenin güvence altına aldığı hakların gereği gibi kullanılmasını sağlayacak pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesini zorunlu kılmaktadır. 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin kapsamında, bu pozitif yükümlülükler, özellikle başvuranın haklı olarak yetkili mercilerce alınmasını talep ettiği önlemlerle onun etkili bir şekilde mülkiyet hakkından yararlanmasını sağlayabilmek arasında doğrudan bir bağlantının varlığı halinde (bkz., *Öneryıldız v. Turkey* [GC], no. 48939/99, §134, ECHR 2004-XII) , Devletin mülkiyet hakkının korunması için gerekli önlemleri alınmasını gerektirebilir (Bkz., başkaca referanslarla birlikte *Sovtransavto Holding v. Ukraine*, no. 48553/99, §96, ECHR 2002-VII)

1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi uyarınca Devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınır bunlar hakkında kesin bir tanım vermeye elverişli değildir (bkz., *Broniowski v. Poland* (dec.) [GC], no. 31443/96, §144, ECHR 2002-X).

37. Görülmekte olan davada, başvuranın uyuşmazlık konusu arsa üzerindeki hakkı kendisine Tarım Bölge Müdürlüğünün 15 Kasım 1999 tarihli kararı uyarınca bahşedilmiştir. Ne var ki, yetkililer ona 21 Haziran 2006 tarihinde yeni bir arsa tahsis ederek duruma bir çözüm bulmak için gerekli adımları atıncaya değin başvuran arsanın zilyetliğini elde edememiştir. Bu süreç içinde başvuran mülkünü kullanamamış; tasarruf işlemlerinde de bulunamamıştır.

Tüm bu hususlar mülkiyet hakkının hiçbir müdahaleye tâbi olmaksızın kullanılabilmesini sağlayan 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin ilk paragrafının birinci cümlesi bakımından bir müdahale olarak değerlendirilmek durumundadır (bkz., *Sabin Popescu v. Romania* no. 48102/99, §80, 2 Mart 2004). Yine de, başvuranın durumu ayrıca yetkililerin tapu sicilini gereği gibi tutmamasından kaynaklanmaktadır. Eldeki davanın maddi vakıaları, bu bakımdan, 1 No’lu Protokolün 1. maddesinde korunan hakkın kullanılmasının engellenmesi veya bu hakkın hayata geçirilememesi bakımından incelenebilecektir.

38. Dava ister Devletin pozitif bir yükümlülüğü isterse kamu otoritesinin müdahalesinin haklı bir nedene dayanması gerekliliğinden hareketle incelensin, uygulanacak kriter esasında bu açıdan bir farklılık yaratmaktadır. Her iki durumda da önemli olan husus, birbiriyle yarışan kamu yararı ile bireysel çıkar arasında bir denge kurulmasıdır. Kamu yararının ihtiyaçları ile başvuranın temel bir hakkı olan mülkiyet hakkı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının değerlendirilmesinde 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinde yer alan amaç da bu bakımdan önem arz edebilir. Her iki halde de Devletin Sözleşme’yle uyumlu adımların atılmasının değerlendirilmesi noktasında takdir hakkı bulunmaktadır (bkz., *Broniowski*, anılan karar, §144).

39. Bu nedenle Mahkeme –davranış ister bir müdahale isterse kayıtsız kalma veyahut ikisinin birleşimi olarak nitelendirilsin– ilgili prensipler ışığında başvuranın aleyhine olan durumun meşru kılınıp kılınamayacağına karar verecektir.

40. Sözleşmenin fiilen ve etkin biçimde hakların korunmasını amaçladığı dikkate alındığında, orantılılığın tayini, bir bütün halinde menfaatlerin göz önüne alınmasını gerektirir (bkz., *Beyeler*, anılan karar, §114). 1 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddiayı içeren her bir olayda, Mahkemenin ayrıca Devlet’in aktif veya pasif davranışı sonu-

cunda ilgili kişinin aşırı bir yük yüklenip yüklenmediğini değerlendirmesi gerekir (bkz., *Former King of Greece and others v. Greece* [GC], no. 25701/94, §§ 88-89, ECHR 2000-XII). Bu değerlendirme müdahalenin niteliğini, başvuranın ve devlet yetkililerinin davranışını/tutumunu da kapsamaktadır (bkz., *Perdigao v. Portugal* [GC], no. 24768/06, § 68, 16 Kasım 2010).

41. Mahkeme Hükümetin başvuranın hiçbir sonuca ulaşmayan işlemleri başlatması, fakat mülkiyet hakkına dayanan hukuk davaları açmaması nedeniyle özen borcuna aykırı davrandığı, bu nedenle bir noktaya kadar kendi davranışı nedeniyle içinde bulunduğu durumdan sorumlu olduğu yönündeki itirazlarına işaret etmiştir.

42. Mahkeme, arazi komşu arazi maliklerince işgal edilmiş olsa da, başvuranın kendisini bu arazinin gerçek maliki olarak kabul etmesinde iyiniyetli olduğunun sorgulanması için hiçbir neden görmemektedir. Dahası başvuranın tapu sicilinin yanlış olduğunun ve ileri sürdüğü taleplerin başarısızlığa uğrayacağına kendisi tarafından bilinmesi gerektiğini haklı kılacak hiçbir gerekçe de bulunmamaktadır. Bu koşullar altında, Mahkeme ikna olmuştur ki, gerekliliğini ancak tecrübe ederek daha sonra anlayabileceği bir durumda en etkili hukuki yolu seçmediği gerekçesiyle başvuranın kendisinden beklenen özen borcuna aykırı davrandığı kabul edilemez.

43. Mahkemenin dikkati çekmek istediği bir diğer husus ise şudur: Başvuran mülkiyet hakkından istifade etmeksizin Tarım Bölge Müdürlüğünün ilk kararının üzerinden yedi yıl geçmiş ve kararın alınmasından ancak on yıl geçtikten sonra başvuran arsanın zilyetliğine kavuşabilmiştir. Onun durumu İlçe Tapu Sicilinin 21 Haziran 2006'daki kararından sonra kendisine ilk olarak verilen araziyle eşdeğer bir arazi parçasını elde edememesi nedeniyle daha da müşkül bir hal almıştır (bkz., yukarıda paragraf 10).

44. Devletin başvurana hiç kimsenin müdahalesine bağlı kalmaksızın mülkiyet hakkından istifade etmesini sağlayacak mülkiyet hakkını sağlama borcu, devlet yetkililerinin mülkiyetin iadesine ilişkin kararlarının uygulanabilir olmasını ve tapu sicilindeki yanlışlıklar nedeniyle başvuranın zarar görmemesi için gerekli adımlar atmasını gerektirmektedir. Bu nitelikteki adımlar somut olayda ilk olarak 16 Aralık 2005'te Budakalasz'da yeni ve düzgün bir tapu sicili sisteminin uygulanmasıyla ve başvuran bakımından kendisine yeni bir arazi parçasının verilmesi suretiyle

alınmıştır. Bununla birlikte, öncesinde tapu sicilinin düzgün tutulmaması ve Tarım Bölge Müdürlüğü'nün aldığı kararın gereğinin yerine getirilmemesi nedeniyle, yetkili merciler başvuruları mülkiyet hakkını uzunca bir süre tanıma, onun kullanımını engelleme ve mülkünü tasarruf etme noktalarında belirsiz bir durumda bırakmıştır.

45. Böylece, tapu sicilindeki yanlışlık veya dikkatsizliğin bir sonucu olarak, başvuran mülkiyet hakkından ciddi anlamda yoksun bırakılmıştır. Devlet yetkililerinin yapacağı en ufak bir yanlışlık Devlet tarafından üstlenilmeli ve yanlışlıklar ilgili kişinin zararına olarak ona mal edilmemelidir (bkz., *Lelas v. Croatia*, no. 55555/08, § 74, 20 Mayıs 2010). Başvuranın arazi parçası üzerindeki hakkına ilişkin olarak alınan önlemler onun komşularının mülkiyet haklarını zedeleyecek nitelikte olsaydı bile, bu durum yetkililerin bu problem karşısında hareketsiz kalmasını haklı kılamaz. Tapu Sicilinin tutulmasındaki bir ihmal başvuranın mülkiyet hakkının uzunca bir süre tanınmaması sonucuna yol açmamalıdır.

46. Yukarıdaki gerekçeler dikkate alındığında, Mahkeme başvuranın orantısız ve aşırı bir yük altında bırakıldığı sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla somut olayda Sözleşmenin 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinin ihlali söz konusudur.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

47. Sözleşme'nin 41. maddesi şu şekildedir: “Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazminat verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

48. Başvuranlar maddi ve manevi zararların toplamı olarak 38,000 Avro talep etmiştir.

49. Devlet bu talebi kabul etmemiştir.

50. Mahkeme hakkaniyet esasını da dikkate alınca başvurana bütün kalemler dahilinde 10,000 Avro tutarında tazminata hükmetmiştir (bkz., *Metalco Bt. v. Hungary*, no. 34976/05, § 32, 1 Şubat 2011).

B. Yargılama Masraf ve Giderleri

51. Başvuran herhangi bir masraf talebinde bulunmamıştır.

C. Gecikme Faizi

52. Mahkeme temerrüt faiz oranını Avrupa Merkez Bankası'nın azami ödünç verme oranı üzerinden yüzde üç olarak takdir etmiştir.

TÜM BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvuruyu kabul etmiştir;

2. 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir;

3. (a) Davalı Devletin başvuranın mirasçısına Sözleşme'nin 44/2. maddesi uyarınca hükmün kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde maddi ve manevi tazminat kalemlerinden uyuşmazlık tarihinde uygulanacak oran üzerinden Macar forinine çevrilmek üzere vergiler dahil 10,000 Avro (onbin Avro) ödenmesine;

(b) yukarıda bahsi geçen üç ayın sona ermesinden uyuşmazlığın sona erdiği tarihe kadar gecikme süresi boyunca yukarıda belirtilen miktara Avrupa Merkez Bankası'nın uyguladığı marjinal kredi faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranda âdi faiz işletilmesine karar vermiştir.

4. Adilane tazmin için talebin geri kalan kısmı reddedilmiştir.

İşbu karar İngilizce olarak hazırlanmış ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 77 §§ 2. ve 3. maddeleri uyarınca 16 Eylül 2014 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith (Yazı İşleri Müdürü)

Guido Raimondi (Başkan)

THE RIGHT TO PRIVACY IN THE WORKPLACE IN THE UK¹

(İNGİLİZ HUKUKUNDA İŞYERİNDE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ)

Araş. Gör. / Res. Asst. İpek KOCAGİL*

ÖZET

Değişen çalışma şartları ve teknolojideki ilerlemeler işyerinde işçilerin her an gözetlenmesi ve özel hayatlarının sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. İşverenlerin denetim hakkının işçilerin özel hayatına ilişkin faaliyetleri de kapsar hale gelmesi, işyerinde işçilerin özel hayatlarının gizliliği hakkının çerçevesinin belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi uyarınca işçilerin işyerinde özel hayatlarının gizliliği hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında İngiliz hukuku kapsamında incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İşyerinde özel hayatın gizliliği, işyerinde elektronik gözetleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 8, işverenin denetim hakkının sınırları, işyeri kıyafet yönetmeliği, işyerinde zorunlu uyuşturucu ve alkol testleri.

ABSTRACT

Advanced technological developments have resulted in intensive surveillance of employees in the workplace; and employers' managerial discretion has started to cover matters, which affect employees' private lives. Moreover, working conditions have changed and gone beyond their traditional limits, such as long working hours. As a result of these, employees' right to privacy has become a significant concern in the context of employment. Before the implementation of the Human Rights Act 1998, pri-

¹ Bu çalışma King's College, London Üniversitesi'nde master tezi olarak sunulmuştur.

* Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Labour and Social Security Law, e-mail: ipekkocagil@gmail.com

vacy was not a liberty that was protected by common law. However, the right to privacy is regulated by many international conventions and especially the European Convention on Human Rights guarantees the right to privacy under the article 8. The importance of the implementation of Convention right into national law is the potential it brings to common law for the recognition of the right to privacy for employees in the workplace. This research aims to examine the application of the article 8 in the employment context in the light of the national legislation in the UK, Strasbourg case law and common law regarding surveillance of employees, employee records, compulsory drug and alcohol tests, dress code and private life.

Keywords: *The right to privacy in the workplace, European Convention of Human Rights Article 8, surveillance of employees, employee records, dress code, compulsory drug and alcohol tests in the workplace, the right to privacy and unfair dismissals.*

I. Introduction

The recent advances in technology have allowed employers to interfere with employees' private lives much easier than ever before (Selmi, 2006, p.1037; Owens & Riley, 2007, p.444). Indeed, employers have the power to track more closely their employees in the workplace. In addition, the reluctance of English common law to recognise a general right to privacy has paved the way for employers to collect greater and more detailed personal information about employees (Deakin & Morris, 2009, pp.325-326). The reason behind this reluctance is the common law principle of freedom of contract, which requires a minimum intervention by legislators and courts to the employment relationship (Craig, 1998, p.375).

On the other hand, the line between employees' private lives and work lives has become blurred and it is accepted that employers' managerial discretion, which arises from the right to direct workforce, has gone further and started to affect employees' private lives both in the workplace and in their leisure times (Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.24; Owens & Riley, 2007, p.445). Moreover, the issues that were once seen as private matters are now considered the subject of employers' discretion such as

dress code in the workplace (ibid; Selmi, 2006, p.1037). Therefore, it could be claimed that employees leave their privacy behind when they enter into their workplace and accept their employers' managerial power (Owens & Riley, 2007, p.445).

The right to privacy, however, has been recognised as a human right under the article 8 of the European Convention on Human Rights (henceforth "the ECHR"), and it is commonly accepted in the literature that the right to privacy '*clearly does not stop at the door of the workplace*' (Bowers & Lewis, 2001, p.65). Furthermore, relationships between colleagues in the workplace might mean more than just working relationships for them (Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.24). Moreover, it has been commented that the English law has failed to catch up with the speed of technological developments, which raises questions regarding the extent of employers' discretion in respect to the right to privacy (Owens & Riley, 2007, p.445). As a result, the right to privacy in the workplace has become a complex issue in the modern employment context (Mantouvalou, 2005, p.580).

The right to privacy covers many issues related to the employment relationship. It introduces limits to the conducts of employers in respect to the employers' rights to employee records, drug and alcohol tests, dress code, lifestyle and surveillance at work such as surveillance of e-mails, phone calls, correspondence and surveillance by CCTV cameras. The subject matter of this research is to examine the implications of the Human Rights Act 1998 (henceforth "the HRA 1998") on the development of the right to privacy in the workplace in English law for both public and private sector employees and the protection of the employees' right to privacy in the context of employment. Indeed, there is a potential that the HRA 1998 may be used by courts to develop fundamental rights for private sector employees such as the right to privacy in the workplace (Palmer, 2000, p.169).

This research refers to the national legislation in the UK, the ECHR, Strasbourg case law and common law. The first chapter will focus on the relationship between the ECHR and the HRA 1998 and the scope of the HRA 1998. In this regard, public authorities and the indirect horizontal effect of the HRA 1998 will be addressed. The second chapter will discuss contracting out of the right to privacy. The third chapter will examine the

concept of privacy in the light of the Strasbourg jurisdiction. The last chapter will concentrate on the application of the article 8 in the employment context in respect to the surveillance in the workplace, employee records, compulsory drug and alcohol tests, dress code and life style.

II. The ECHR and The HRA 1998

1. The ECHR

The ECHR is an international treaty, which binds member states to secure the Convention rights of individuals in their jurisdictions (Bradley & Ewing, 2011, p.399). Individuals, under the article 34, submit applications to the European Court of Human Rights (henceforth "the ECtHR") alleging that the state has breached their Convention Rights. Several articles of the ECHR have implications on labour law such as the article 8.

In the first paragraph of the article 8, the right to respect for private and family life, home and correspondence is regulated as a fundamental human right. In the second paragraph, however, it states this right can be limited if the limitations are prescribed by law, justified by the aims specified in the article 8(2) and necessary in a democratic society. This shows that the article 8 is a highly qualified article, which states that states may legally interfere with the right to respect for private and family life.

Member states have a margin of appreciation when determining how to protect Convention rights in national laws and their margin of appreciation is scrutinised by the ECtHR to ensure an effective protection of individual's rights (White & Ovey, 2010, p.80). It should be noted that the doctrine of the margin of appreciation still provides a wide margin of flexibility to states in Strasbourg case law (Harris et. al, 2009, p.365). Nevertheless, this doctrine of the margin of appreciation is not relevant under the HRA 1998 since it arises from the supranational nature of the ECtHR and it is not relevant in respect to national courts under the HRA 1998 (Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.24; See also: *R v Stratford JJ., ex p. Imbert* in Bowers and Lewis, 2001, p.7).

In the UK, the HRA 1998 was enacted to implement Convention rights into domestic law. After the implementation of Convention rights into national law, individuals are granted the right to enforce their fundamental rights under the ECHR directly before the national courts or tribunals (Morris, 1998, p.293; Deakin & Morris, 2009, p.326; Bradley &

Ewing, 2011, p.407). In the next section, the HRA 1998 will be examined in the context of the right to privacy in the employment field.

2. The HRA 1998

A. Background

Before the implementation of the HRA 1998, the British courts had been referring to the ECHR to clarify the meaning of a statute or develop common law when there was ambiguity or uncertainty; however, the Convention did not have direct application in English law (Buxton, 2000, p.49; O’Dempsey at al., 2001, p.25; For detailed information see: Clapham, 1993; See also: *R. v Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* in Bowers and Lewis, 2001, p.11). With regard to the right to respect for privacy, common law did not protect the right to privacy and courts did not accept the breach of privacy as a common law tort (Craig & Oliver, 1998, p.52; O’Dempsey et al., 2001, p.135; Christie, 2005, p.165; Bradley & Ewing, 2011, p.476). Indeed, the right to privacy was not a traditional liberty that common law protected (Mantouvalou, 2008, p.916).

B. Implementation and Enforcement of the HRA 1998

The enactment of the HRA 1998 had an important impact on labour law since it incorporated Convention rights into national law in the UK and resulted in the creation of a new body of case law (Bowers and Lewis, 2001, p.1; Detailed information about the aims of the incorporation can be found in The White Paper “Rights Brought Home” (Parliament, 1997)). After the HRA 1998, Convention rights have become enforceable in the UK and section 1(1)(a) implemented the article 8 of the ECHR, which regulates the right to respect for private and family life, home and correspondence, into domestic law.

The HRA 1998 introduced three mechanisms for the enforcement of Convention rights in the UK. Firstly, section 3(1) requires that courts and tribunals, so far as it is possible, read primary and secondary legislation in the way, which is compatible with Convention rights. Courts are under the obligation to find, so far as possible, the meaning of the articles, which best complies with the ECHR, unlike their traditional duty to find the true meaning of the legislation (Ewing, 1998, p.282; Palmer, 2000, p.171; Bowers & Lewis, 2001, p.15; Mantouvalou, 2008, p.916).

Secondly, section 4 enables certain courts to make a declaration of incompatibility if the primary or subordinate legislations are inconsistent with Convention rights. The Employment Tribunal and the Employment Appeal Tribunal (henceforth "the EAT"), however, are not granted the right to make a declaration of incompatibility (Morris, 1998, p.294; Bowers & Lewis, 2001, p.14). Applicants can seek a declaration of incompatibility in the Court of Appeal where the case is appealed from the EAT. Although the claim cannot be changed at the Court of Appeal stage, considering the "*procedural technicalities*" it can be argued that the Court of Appeal would be able to make a declaration of incompatibility if the claim in the Court of Appeal is closely connected to the claim in the EAT (Bowers & Lewis, 2001, pp.14-15).

It is worth noting that the declaration of incompatibility does not result in the invalidity of the legislation as well as it does not oblige Parliament to amend the legislation (Palmer, 2000, p.171; Bowers & Lewis, 2001, pp.14-15; Bailey, Taylor and McColgan, 2009, p.33; Ewing, 2010, p.13; White & Ovey, 2010, p.104). The power to change the legislation still remains in the Parliament, which is governed by the doctrine of parliamentary supremacy (Palmer, 2000, p.171; The Parliament's failure to change the legislation, which is inconsistent with the ECHR, may result in the government facing a challenge before the ECtHR (Bowers and Lewis, 2001, p.15; Bradley & Ewing, 2011, p.406)). On the other hand, it is argued that the application of a provision, which is declared incompatible with Convention rights, may be difficult for public authorities since individuals are encouraged to challenge the acts of the public authorities before the ECtHR (Bradley & Ewing, 2011, p.410).

Thirdly, according to section 7, the HRA 1998 creates direct vertical effect as it enables individuals to bring lawsuits against the acts of the public authorities for the breach of their Convention rights (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.409). Moreover, with regard to section 6(1), public authorities must act in the way compatible with Convention rights. Indeed, public sector employees may bring lawsuits against their "*employing government entities*" alleging that their right to respect for private life under the article 8 is breached (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.409).

C. Public Authority under the HRA 1998

The acts of public authorities, which constitute a breach of Convention rights, are prohibited; however, the HRA 1998 does not provide the definition of the public authority (Morris, 1998, p.293). Section 6 of the HRA 1998 introduces two types of public authorities: core public authorities (central government, local government, the police, immigration officers, prisons and courts and tribunals are regarded as core public authorities in The White Paper "Rights Brought Home" (1997) cited in Morris 1998, p.297) that can be directly held responsible for all their activities that constitute a breach of Convention rights and public authorities which are regarded as public by reason of section 6(3) such as courts and tribunals and any person who exercises certain "functions of a public nature" (Ewing, 1998, p.283; Palmer, 2000, pp.172-173; Bowers and Lewis, 2001, p.16).

According to section 6(3), private bodies with mixed functions are regarded as public authorities when they exercise "functions of a public nature" in purpose of the application of the HRA 1998 (For example, a private security company, which provides services for prisons and the Churches "*stand in place of the State*", when they perform marriages (Morris 1998, p.297)). Since the liability under the HRA 1998 depends on the functions of the mixed bodies, the private/public division of the functions has come into prominence (Hunt, 1998, p.424; Morris, 1998, p.293). The House of Lords decision in *YL v Birmingham City Council and Others*, however, showed that the courts have taken a narrow approach to the definition of the public authority under the HRA 1998 by "*basing the interpretation upon the nature of the task performed*" (Bailey, Taylor and McColgan, 2009, p.38; Bradley & Ewing, 2011, p.412).

By this way, courts interpret the term "public authority" in the way that is consistent with the scope of the liability under the ECHR and the jurisprudence of the ECtHR (Bowers & Lewis, 2001, p.17). It is claimed, however, that the flexibility, which is given to courts to determine the term "public authority", may result in uncertainty also on the determination of the core public authorities under section 6(1) of the HRA 1998. In determining what is a core public body, courts should look at the source of the power and if it is "*statutory or prerogative*", then it should be sufficient to define it as a core public authority (ibid).

It is clear that core public authorities cannot bring a claim that their employment-related acts are private and as an employer they are not bound by Convention rights (Morris 1998, pp.297-299; Bowers and Lewis, 2001, p.18). On the other hand, for other public authorities (mixed bodies), it is less clear how to distinguish their public and private nature acts in respect to the liability under the HRA 1998 (Bowers and Lewis, 2001, p.18). Lord Chancellor, during the House of Lords debates, argued that “*in relation to the employment matters*” there should not be any difference “*between a private company, which has a contracted-out prison in its portfolio and one, which does not. There is no reason to make the first company liable under Clause 6 in respect of its private acts and the second one not liable simply because the first company is also responsible for the management of a prison. As far as acts of a private nature are concerned, the two private security companies are indistinguishable*” (HL Deb (1997-98) 583 col. 812; Ewing, 1998, p.285). Accordingly, mixed bodies cannot be held responsible under section 6 for their employment-related acts (Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.47).

It is argued, however, that it is not always easy to differentiate public and private realms such as the cases in which a privatised body is required to enter into employment contracts, which include special terms, or performs under the directives of the government (Morris, 1998, p.299). Furthermore, the interpretation of the HRA 1998 section 6(5) by Lord Chancellor poses a danger to the limitation of the direct effect of the HRA 1998 (Ewing, 1998, p.286). In addition, this approach can be questioned in the light of the Strasbourg case law since the ECtHR pointed out in its case law that states could not absolve themselves from liability by claiming that their acts regarding employment matters are in private nature or delegating their obligations to the private sector (Palmer, 2000, pp.174-175; See also: *Costello-Roberts v UK* cited in Morris 1998, p.304; *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden* cited in Bowers and Lewis, 2001, p.18).

Although it is claimed that the rulings of the ECtHR are related to a core public authority, it is possible to extend these rulings to mixed bodies (Bowers & Lewis, 2001, p.19). Furthermore, it is suggested that the courts should interpret the HRA 1998 in the way which holds all bodies responsible, including their employment-related acts, for the breach of Convention rights as long as they perform public functions (Morris, 1998, pp.293-294;

Palmer, 2000, p.174). Indeed, it is believed that bodies that are engaged with public functions should not have the opportunity to rely on a claim that employment-related acts are private.

D. Indirect Horizontal Effect of the HRA 1998

As it is explained above, private acts of mixed bodies and acts of private actors are excluded from the vertical direct effect. However, this is not the end of the story for private sector employees; indirect horizontal effect of the HRA 1998, which arises from section 3, 6(1) and 6(3), enables private sector employees to enforce their Convention rights against their employers (Palmer, 2000, p.177; Bowers & Lewis, 2001, p.24; Christie, 2005, p.168; Mantouvalou, 2008, p.917). Horizontal effect applies to the relations between private sector employees and their employers (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.409). The acceptance of the indirect horizontal effect is very important for the effective enjoyment of Convention rights under the HRA 1998 (Collins, 2006, p.619).

By virtue of the indirect horizontal effect of the HRA 1998, Convention rights such as the right to respect for private life have a significant effect on labour law. It is worth highlighting that this indirect horizontal effect does not provide “*an independent cause of action*” against private parties unlike the direct effect against public authorities; however, courts shall rely on Convention rights to develop existing causes of actions in common law (Ewing 1998, pp.286-287; Hunt, 1998, p.441; Morris 1998, p.295; Palmer, 2000, p.181; Christie, 2005, p.168; Bailey, Taylor and McColgan, 2009, p.35; Bradley & Ewing, 2011, p.413; For example, in cases, which involve a breach of the right to respect for private life by a refusal of employment based on the reasons related to private life, private sector employees cannot enforce their rights under the ECHR as common law does not provide any general cause of action in which the Convention rights can be developed based on their claims (Ewing 1998, p.286-287)).

According to section 3 of the HRA 1998, national courts are under the obligation to read and interpret the national legislation consistent with the ECHR (The decision of the House of Lords in *Ghaidan v Godin-Mendoza* points out the importance of the courts’ obligation under section 3 of the HRA 1998 cited in Bradley & Ewing, 2011, p.409; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.410). Section 3 of the HRA 1998 regulates that:

“So far as it is possible to do so; primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way, which is compatible with the Convention rights”. This obligation goes beyond interpreting the legislation in the light of the ECHR and the previous interpretations of the existing legislation, even higher court decisions, will not be binding if they are not in conformity with Convention rights (Bowers & Lewis, 2001, p.15).

However, the House of Lords ruled in *Kay v London Borough of Lambeth; Leeds City Council v Price* that *“domestic rules of precedent still apply”* and lower courts will be bound by the higher court decisions even with those which clearly contradict the Strasbourg case law, unless the higher court decisions were taken before the implementation of the HRA 1998 (Bailey, Taylor and McColgan, 2009, p.35). This section is relevant to both private and public sector employees; for example, a private sector employee can bring a claim for unfair dismissal alleging that his right to respect for private life under the article 8 of the ECHR is breached and courts should apply the reasonableness test under section 98(4) of the Employment Rights Act 1996 (henceforth *“the ERA 1996”*) consistent with Convention rights and rule that it constitutes an unfair dismissal (Craig, 1998, p.386; Brown & Ewing, 2000, p.211; Ford, 2000, p.35; Gearty, 2000, p.8; Bowers and Lewis, 2001, p.24; Oliver, 2002, p.335; Collins, 2006, p.620).

Moreover, the reading of section 6(1) and 6(3) of the HRA 1998 together also obliges courts to create and develop common law, including common law of contracts and torts, in conformity with the ECHR (Palmer, 2000, p.177; Bowers and Lewis, 2001, p.24). The HRA 1998 section 6(1) regulates that *“it is unlawful for a public authority to act in a way, which is incompatible with a Convention right”* and according to section 6(3)(a), courts and tribunals are defined as public bodies for the purpose of the scope of the HRA 1998 and they are under the obligation to act consistently with Convention rights (Hunt, 1998, pp.439-440; Morris, 1998, p.295; Bowers and Lewis, 2001, p.24; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.410). This obligation of courts is stronger than their obligation to interpret the legislation under section 3 and it obliges courts to develop common law consistent with Convention rights regardless of the litigants' private/public status (Gearty, 2000, p.13; Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.44).

This indirect horizontal effect of the HRA 1998 on labour law was examined and accepted by the Court of Appeal in *X v. Y*. In this case, an employee brought a claim for unfair dismissal against a private sector employer, alleging that his dismissal was in breach with the right to respect for private life under the article 8 of the ECHR and it constituted an unfair dismissal under section 98 of the ERA 1996. The importance of this case on labour law is that the Court of Appeal accepted that courts and tribunals must interpret national legislation in the way which is consistent with the ECHR and in this case the Court of Appeal took the right to respect for private life under the article 8 into account when interpreting the ERA 1996 in respect to the determination of fairness in unfair dismissal law (Mantouvalou 2008, p.917; Bradley & Ewing, 2011, p.413; Collins, Ewing and McColgan, 2012, pp.410-411). Consequently, all employees both working in private and public sectors can rely on their Convention rights, which are implemented into national law by the HRA 1998 to ensure that national legislation and common law are consistent with the ECHR (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.412).

By virtue of this indirect horizontal effect, there are several ways for courts and tribunals to affect the contract of employment, which includes provisions that contradict the right to respect for private life under the article 8 of the ECHR (Bowers & Lewis, 2001, p.25). At first, courts after finding that some of the clauses in the employment contract, such as the right to read private e-mails sent or received by employees, contradict the right to privacy, should examine the extent to which the breach of the right to privacy can be justified by employers under the article 8(2) of the ECHR. Then, courts are expected to interpret these express terms as far as possible to restrain the employers' entitlements within the legitimate limits. In case of failing to do that, courts may refer to the implied term of mutual trust and confidence to limit the employers' power that interferes with employees' right to privacy under the article 8 (Craig, 1998, p.388; Craig and Oliver, 1998, p.54; Ford, 2000, p.35; Palmer, 2000, p.181; Bowers and Lewis, 2001, p.25; Owens & Riley, 2007, p.446; Deakin and Morris, 2009, p.307). Hepple (1998, p.22) suggests that the courts should interpret the implied term of mutual trust and confidence in the way it "*embodies a duty to respect the Convention rights of an employee*". Alternatively, courts may also refuse to enforce those express terms in the em-

ployment contracts or make them invalid if they clearly constitute a breach of Convention rights (Bowers & Lewis, 2001, p.25).

On the contrary, it is claimed that courts should apply Convention rights only in public sphere and if they intend to establish a tort of invasion of privacy, they can base their decisions on “*the developments of the existing common law of trespass, nuisance, copyright and breach of confidence*”; not the HRA 1998 and the ECHR (Buxton, 2000, pp.64-65). The arguments presented above, however, support the idea that the HRA 1998 has an indirect horizontal effect, which can be applied to all law including private litigation. The intention to include courts and tribunals into the definition of a public body in section 6(3) is to ensure the application of Convention rights to all law with the only exception of section 6(2) (Hunt, 1998, pp.440-441; HL Deb (1997-98) 583 col. 783). Moreover, this conclusion is supported by the policy, which does not support the establishment of special courts that only deal with fundamental human rights violation cases (Hunt, 1998, pp.440-441).

Furthermore, the ECtHR established a social view of human rights in its case law that States are not only obliged to refrain from interfering with Convention rights but also they are under the obligation to ensure an effective guarantee for the protection of Convention rights of individuals even in the private sphere (For detailed information on positive obligation see: Connelly, 1986; Hunt, 1998; Grosz, Beatson and Duffy, 2000; O’Dempsey et al., 2001; White and Ovey, 2010; Collins, Ewing and McColgan, 2012). The court pointed out that private power could be as harmful as state power and because of that states are under the positive obligation to regulate the employment relationship between private parties (Oliver, 2002, p.324; Mantouvalou, 2012, p.161; See also cases: *Palomo Sanchez v Spain*; *Rantsev v Cyprus and Russia*; *Siliadin v France*; *Wilson and Palmer v UK*).

This positive obligation on States also enables private parties to bring a claim for the breach of Convention rights before the ECtHR if the government fails to protect their Convention rights from unjustifiable interferences of others, including employers’ interferences with the employees’ Convention rights (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.413). On the other hand, the article 8 is using the language “the right to respect” instead of “the right to privacy” and this limitation is understood by states as

a negative obligation which obliges states not to interfere with the right but does not impose an obligation to protect individuals against the arbitrary interferences of others (Harris, et al., 2009, p.382).

However, the ECtHR used the term "respect" to impose positive obligations on states and expressed the states' positive obligations with respect to the article 8 for the first time in *Marckx v. Belgium*. The Court ruled that states are not only under the obligation to refrain from an interference with private life of individuals but also "there may be positive obligations inherent in an effective "respect" for private life" (*Marckx v Belgium* Para. 31; Connelly 1986, p.573; Buxton, 2000, p.52; Grosz, Beatson and Duffy, 2000, p.265; Palmer, 2000, p.177; Harris et al., 2009, p.382; Although this case is not about the application of the article 8 in the employment context, it is important because it was the first time that positive obligations of states in respect to the article 8 were recognised).

III. Contracting Out of The Right to Privacy

Employers primarily rely on express terms of the contract of employment and terms of the handbook when they face with a claim of interference with the right to respect for private life in order to argue that the limitations are "consensual or contractual" (Collins, 2006, p.624; See also: Palmer, 2000, p.194; Bowers and Lewis, 2001, p.26). This situation raises the question whether and to what extent Convention rights can be contracted out by the express or implied terms of the contract of employment.

Although the right to privacy is accepted as a fundamental human right (International Labour Office also adopts the view that the employees' right to privacy in the workplace should be accepted as a fundamental human right (cited in Oliver, 2002, p.351)), which cannot be contracted-out, in practice employers can undermine the right to privacy in the workplace by eliminating employees' reasonable expectation of privacy (ibid). In this regard, an express term in the contract of employment, in some cases such as a clear notice for monitoring of phone calls, may prevent employees to rely on their Convention rights as their argument on the reasonable expectation of privacy can be refuted by employers (Bowers & Lewis, 2001, p.26; Selmi, 2006, p.1036).

Courts and tribunals, however, should apply the test of proportionality to these express terms, which contract out of the right to respect for pri-

vate life, to balance the employers' rights and employees' reasonable expectation of privacy. (Bowers & Lewis, 2001, p.27; O'Dempsey, et al., 2001, p.140). Although, the contract of employment is subject to the common law principle of freedom of contract, courts have developed common law in the way which progressively has constrained the power of employers in the employment contract, such as the implied term of mutual trust and confidence, to establish industrial justice and balance the inequality in the bargaining powers of employers and employees (Bowers and Lewis, 2001, p.25; Oliver, 2002, p.330; Carey, 2004, p.225; Christie, 2005, p.165; Owens & Riley, 2007, p.446; Deakin and Morris, 2009, p.307). As a result, agreements to waive the right to privacy should be scrutinised strictly (Mantouvalou, 2012, p.172).

Furthermore, it is hard to support contracting-out of the right to privacy by a clause in collective agreements since trade unions do not have the authority to waive fundamental rights of employees (Bowers and Lewis, 2001, p.26; Oliver, 2002, p.331). Moreover, it is argued that the rights that aim to protect employees should not be contracted-out (Oliver, 2002, p.331). Otherwise, the protection will be dependent on employers' discretion and due to their fundamental nature, they provide protection not just for the individuals but also for the society as a whole and the waiver of the right would be against the public policy (*ibid*).

Moreover, even if it is accepted that the right to respect for privacy can be contracted-out, then it should be questioned to what extent the consent of employees can be considered free will. In the context of employment relationships, there is inequality of bargaining powers between employers and employees and as a result of this employees may give up on even their fundamental rights due to the economic pressure of finding a job (Oliver, 2002, p.333; Carey, 2004, p.227; Owens and Riley, 2007, p.449). Indeed, although restrictions on the right to privacy are not for employees' benefit, they may give their consent to the limitation of their right to privacy in the workplace since it becomes a pre-condition for the employment and they have no other options (Colon, 1996, p.292; Oliver, 2002, pp.333-334).

It is further claimed that the consent does not necessarily need to be explicit (Oliver, 2002, p.334). If employees continue to work under the new terms of the employment then it is accepted that the terms of the con-

tract are changed by the implied consent of employees (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.162). However, this line of arguments cannot be supported since the HRA 1998 guarantees the fundamental rights of individuals (which is argued) that cannot be contracted-out by employment agreements (Oliver, 2002, p.334). Therefore, the courts should take the point of view that the right to privacy cannot be removed by agreements between employees and employers or workplace privacy policies, which is regulated unilaterally by employers as a starting point.

Contracting out of Convention rights was also discussed in Strasbourg case law. In *Rommelfanger v Germany*, the Commission stated that if the restrictions of Convention rights, even from a valid employment contract, cannot be justified by employers, the courts should not tolerate such terms in employment contracts (Palmer, 2000, p.194). On the other hand, the Court ruled in *Ahmad v UK* that employees accept some restrictions, which arise from the nature of the employment relationship, by entering into that relationship and the duties of employees may prevail their rights under the Convention especially their rights under articles 8-11 (*Kalac v Turkey* and *Konttinen v Finland* and *Stedman v UK* in Collins, 2006, p.625; *Rommelfanger v The Federal Republic of Germany* in Bowers and Lewis, 2001, p.27).

In this case, a Muslim schoolteacher brought a claim against his employer, as the refusal of his demand of time-off for praying every Friday afternoon for forty five minutes in a Mosque constituted a breach of his Convention right under the article 9 of the ECHR. The court held that there was not any breach of the article 9 of the ECHR since the employee voluntarily agreed on entering into an employment contract, which obliged him to work on Friday afternoons (Collins, 2006, pp.624-625). The Courts' reasoning may trigger the arguments, which may result in the decrease of the protection of Convention rights, support the waiver of Convention rights by entering into the employment relationship (Brown & Ewing, 2000, p.205). It is believed, however, that the reasoning of the Court should be read restricted to the article 9 of the ECHR and should not be extended towards to the other articles of the ECHR because otherwise this reasoning may even result in the denial of human rights.

IV. The Right to Privacy

1. The Importance of the Right to Privacy

Courts have taken a narrow approach in the interpretation of the right to privacy, especially in cases, which the legality of dismissals is examined and as a result they have failed to understand the importance of privacy for employees (Mantouvalou, 2008, p.922). There are many arguments on the importance of the right to privacy for individuals. Primarily, the right to privacy is closely related to the human dignity and autonomy (ibid; Ford, 2000, pp.38-39; Oliver, 2002, p.323; Selmi, 2006, p.1045). People could not have the same relations if they were not granted any privacy in their lives (Selmi, 2006, p.1046). Indeed, privacy is valuable as it provides “*freedom of action*” for individuals (Mantouvalou, 2008, p.923). In addition, employees’ autonomy is important for employers’ business since there is a direct link between autonomy and productivity (Oliver, 2002, p.325; Studies indicate that intensive electronic monitoring in the workplace has a negative effect on employees’ self-esteem and it also reduces worker productivity (cited in Colon, 1996, p.293)).

By virtue of the right to privacy people can engage in activities they want to even if these activities contradict the beliefs of the society (Mantouvalou, 2008, p.923). Furthermore, privacy is also essential for interpersonal relationships since it enables individuals to establish and control the interpersonal relationships by sharing certain kinds of information with certain people (ibid, Oliver, 2002, p.323). In addition, privacy provides a sphere for individuals to develop intimate relationships (Oliver, 2002, p.323). Indeed, it protects employees against the domination of employers’ moral values (Mantouvalou, 2008, p.927).

In the employment context, although it is claimed that by entering into the employment relationship employees give up on their right to privacy and give consent for the interference with their privacy by employers, courts do not accept an argument based on a “*wide-range consent*” (Oliver, 2002, p.326; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p. 416). Therefore, privacy has a key role for employees to establish work/life balance because privacy enables them to enjoy their free time in and outside the workplace without any fear that it may have a negative effect on the employment relationship (Mantouvalou, 2008, p.927).

2. The Concept of Privacy

The concept of privacy was defined as a “*right to be left alone*” in 1980s (Warren & Brandeis, 1980, pp.194-195) and then the interpretation of the concept of privacy has been advanced to cover; “*the control over personal information, secrecy, anonymity, intimacy, self fulfilment, dignity and autonomy*” (Bailey, Taylor and McColgan, 2009, p.503). There are several approaches to define the concept of privacy. First, it is claimed that providing an exhaustive definition for the concept of privacy is difficult, therefore it is better to assume that any issue that affects individual’s personal interests should be accepted as private (Maciolek, 2009, p.98). The ECtHR has not explicitly adopted this approach but in some cases described the concept of privacy in a similar approach (*Turek v Slovakia* in Maciolek, 2009, p.98). Another approach to define the concept of privacy is to provide a descriptive list of potential privacy violations (Maciolek, 2008, p.98). It is seen that the descriptive approach was followed in the regulation of the article 8 since the four constituents of the right to respect for privacy are listed in the article (ibid).

The last approach to define the concept of privacy is the control-based definition (Wong, 2005, p.149; Maciolek, 2009, p.113). According to this approach, privacy is defined as individuals’ right to have the control over their lives (Maciolek, 2009, p.113-114). In other words, individuals have the right to control the information about them and also they have the right to determine when and to what extent they want to share it with other people (Ford, 2000, p.26; Wong, 2005, p.149; Selmi, 2006, p.1046). It is believed that the concept of privacy is best defined by the control-based approach and after the recognition of the general right to privacy, the other approaches can also be used to interpret and extend the general principle in the application of specific facts (Maciolek, 2009, p.118).

3. Legal Definition of Privacy

Although many international conventions and declarations contain “the right to privacy”, the concept of privacy still remains unclear and lacks a conventional definition (Bailey, Taylor and McColgan, 2009, p.503). Likewise, the article 8 of the ECHR does not provide the definition of privacy. The article 8 regulates the right to respect for private and family life, home and correspondence:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others"

Article 8 includes the term "right to respect" instead of referring to privacy itself and this raises the question to what extent privacy is protected under the article 8 (Wong, 2005, p.152). The scope of the right to privacy has been subject to many cases and the ECtHR examines the scope of the right case-by-case basis but refrains from providing an exhaustive definition of privacy (Ford, 2000, p.27; White & Ovey, 2010, p.358).

4. Jurisprudence on the interpretation of the article 8 in the employment context

The ECtHR jurisprudence is important for national courts because although courts and tribunals in the UK are not bound by the Strasbourg case law (Bowers and Lewis, 2001, p.13; Christie, 2005, p.165; Bradley & Ewing, 2011, p.407; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.412), according to section 2(1)(a) of the HRA 1998, courts *"must take into account any judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights"*. Furthermore, the rights regulated under the ECHR are broad and open-texted; therefore, Strasbourg jurisprudence constitutes a guiding light when interpreting these rights in specific contexts (Palmer, 2000, p.168-169; Bradley & Ewing, 2011, p.406). That makes it important to examine the ECtHR case law on the article 8. It is noteworthy that English courts are free to take a more radical approach than the ECtHR if they are persuaded to rule in a different way; however, this brings the danger for national courts to be challenged before the ECtHR (Bowers and Lewis, 2001, p.14).

Since the ECtHR has not provided *"a comprehensive definition of privacy"*, the Court's jurisprudence provides indications on what is considered as private regarding the application of the article 8 by a case-by-case approach (Gomez-Arostegui, 2005, p.153; Bailey, Taylor and McColgan,

2009, p.503). The Court interpreted the concept of private life broadly in its case law and the concept of privacy has extended beyond the Anglo-American approach, which confines the concept of privacy to “*the privacy of personal information and seclusion*” (Grosz, Beatson and Duffy, 2000, p.268; Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.161; Harris, et al., 2009, p.364; See also cases: *McFeeley v UK*; *Niemietz v Germany*; *Halford v UK*; *Sidabras v Lithuania*; *X and Y v Netherlands*; *Costello-Roberts v UK*; *Botta v Italy*).

The court in *Niemietz v Germany* explained the concept of private life without providing any exhaustive definition and extended the concept of home to the business premises and ruled that searching of a business premise constituted an interference with private life (O’Dempsey, et al., 2001, p.135; Wong, 2005, p.152; Herbert, 2008, p.397; Bailey, Taylor and McColgan, 2009, p.505). The importance of the decision is that the Court extended the notion of private life to “*the right to establish and develop relationships with others*” (Grosz, Beatson and Duffy, 2000, p.268; Palmer, 2000, p.185; Bowers and Lewis, 2001, p.62; Bailey, Taylor and McColgan, 2009, p.505; White and Ovey, 2010, p.358). Consequently, the right to privacy does not exclude activities in the workplace where most people find the opportunity of developing relationships with others (Grosz, Beatson and Duffy, 2000, p.268).

In *Halford v UK*, the Court held that the interception of office telephones constituted a breach of the private life and correspondence (O’Dempsey, et al., 2001, p.139; Bailey, Taylor and McColgan, 2009, p.518). The court confirmed in its case law that phone calls from business premises might fall within the scope of the protection under the article 8 (ibid).

Since 1997, the Court has started to use the “*reasonable expectation of privacy test*” to determine the scope of the article 8 (Gomez-Arostegui, 2005, p.154). The “*reasonable expectation of privacy*” test was used for the first time in *Halford v UK* (ibid, pp.165-166; *Halford v UK* Para. 45) This ruling confirms that the right to privacy under the article 8 covers the activities in public, in cases where people have a reasonable expectation of privacy (Grosz, Beatson and Duffy, 2000, p.269).

In the UK, the EAT, in *X v Y*, ruled that the article 8 was not engaged because the activity took place in a lavatory, which was a public

area (Collins, 2006, p.622; Maciolek, 2009, p.103). Likewise, in *Pay v Lancashire Probation Service*, the EAT used the same reasoning to reach the same conclusion (Vickers, 2004, p.54; The EAT ruled that the article 8 was not engaged because the activities took place in public). However, the ECtHR ruled in *P.G. and J.H. v UK* (Para. 56) that since the activity was in a public space, that did not automatically remove the notion of privacy: *‘There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of private life’*.

The decisions of the EAT are criticised because of the Court’s failure to consider the necessity to interpret the concept of privacy in a different way in the employment context (Collins, 2006, p.623; Mantouvalou, 2008, p.924; Maciolek, 2009, p.104). It is pointed out that the private life cannot be interpreted as covering activities taking place only in secluded areas (Mantouvalou, 2008, p.921; Mantouvalou & Collins, 2009, p.136; See also: *Niemietz v Germany*; *Peck v UK*; *Von Hannover v Germany*). Otherwise, the concept of privacy cannot have an application in the employment context because workplace is usually a public area and interferences in public are always legal (Collins, 2006, p.622; Maciolek, 2009, p.103). Employees engage in activities in the workplace (public area) and that does not necessarily mean that these activities cannot be private (Mantouvalou, 2008, p.928). Therefore, the employment context requires courts to take a different approach for the determination of private/public area in respect of the notion of privacy (Collins, 2006, p.624).

5. Justifications under the article 8(2)

The right to respect for privacy is drafted as a qualified right. Although employees have the right to privacy, employers may also have legitimate reasons to interfere with that right such as health and safety reasons or security for staff (Oliver, 2002, pp.329-330; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.416). The second paragraph of the article 8 introduces justifications for the interference with the right to privacy.

According to the article 8(2), the interference with the right to respect for private life must be in accordance with law, which creates a legal basis for interferences in domestic law (White and Ovey, 2010, p.10). If the interference is not prescribed by law, then there is no need for the further examination and the interference constitutes a breach of the article 8

(Harris, et al., 2009, p.399). Moreover, the law in question must be clear, precise and must provide safeguards for arbitrariness (ibid; Grosz, Beatson and Duffy, 2000, p.280; See also *Malone v UK* Para. 67).

The aim of the interference must be to protect the certain interests listed in the article, which are “*the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others*” and it must be necessary in a democratic society. Moreover, the doctrine of proportionality is applied and the interference must be kept in the minimum to achieve the legitimate aim (O’Dempsey, et al., 2001, p.39; White and Ovey, 2010, p.311).

When the article 8(2) is examined, it is seen that the justifications are drafted broadly. Nevertheless, the interpretation of justifications has a key importance on the enjoyment of the right to respect for privacy in practice (Bailey, Taylor and McColgan, 2009, p.522). In order to ensure the effective enjoyment of the right to privacy in the employment context, the courts should assess the justifications strictly (Collins, 2006, p.619; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.416). When the Convention rights of employees are at stake, a decent employer is expected to avoid interfering with these rights so far as it is possible (Collins, 2006, p.631). Moreover, it is suggested that the courts should adopt a strict test of proportionality, rather than the “*balancing of competing interests*” approach (ibid, p.630-631; In *Copsey v WWB Devon Clays Ltd.*, the business interests of employers outweigh the Convention rights of employees. This raises the question whether the test of reasonableness provides sufficient protection for Convention rights).

V. Application of the Article 8 in the Employment Context

1. Surveillance

By virtue of the advanced developments in modern technology, employers have the power to control, even secretly, every act of the employees at any time in the workplace (Colon, 1996, p.285; Ewing, 1996, p.104; Christie, 2005, p.163; Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.159; White and Ovey, 2010, pp.365-366; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.416). Indeed, surveillance by CCTV cameras and microphones enables employers to keep the workforce constantly under their control (Oliver, 2002, p.327;

Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.416). Moreover, surveillance can be achieved through monitoring of phone calls, social networking websites, e-mails sent and received by employees, data traffic and employees' Internet usage (Bowers and Lewis, 2001, p.66; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.416).

On the other hand, these technologies may be helpful for employers and can be justified under the article 8(2) since employers may have legitimate aims to monitor employees such as assessing the employee performance and quality of the service, compliance with health and safety regulations or "*the prevention of harassment*" in the workplace (Craig & Oliver, 1998, p.55; Bowers and Lewis, 2001, p.71; Oliver, 2002, p.329; Christie, 2005, p.174; Owens and Riley, 2007, p.449). Furthermore, employers may have interests on monitoring employees since they are the owners of the property and they have a legitimate interest on the prevention of the abuse of the property (Oliver, 2002, p.329). In the situations, however, where the privacy for employees in the workplace becomes utterly impossible, the workplace surveillance can be challenged under the article 8 of the ECHR (Collins, Ewing and McColgan, 2012, pp.416-417).

Although Westin (1996, p.278) claims that privacy based arguments against the workplace surveillance are invalid and they pose a danger to the "*social interests in quality of work*" and constitute a misapplication of the concept of privacy, all types of surveillance pose a danger to interfere with employees' right to privacy in the workplace. Employers gather information about employees' private activities and interests by monitoring their emails, Internet usage and their "*personal electronic correspondence*" (Oliver, 2002, p.327). Even when employers do not monitor the content of the communications, the use of firewalls and monitoring just the "data traffic" also reveal private information about employees since they provide information about employees' interests (ibid; Lugaresi, 2010, p.165). Moreover, it has become common in practice that employers have started to monitor job candidates during the interviews for the recruitment. Monitoring candidates during the interview without their knowledge and consent is quite likely to be found a violation of the article 8 (The ECtHR ruled in *Kopke v Germany* that covert surveillance may constitute a breach of the article 8. In addition, the Court of Appeal stated in *R. v Broadcasting Standards Commission, ex p. BBC* that filming a person without his

consent constitutes a breach of the article 8 even if the act takes place in a public area (cited in Bowers and Lewis, 2001, p.66)).

The ECtHR examined the workplace surveillance through the interception of phone calls in *Halford v UK*. In this case, Ms Halford was appointed as an Assistant Chief Constable of Merseyside. Although she was the most senior-ranking female officer, her application to get a promotion was consistently refused (*Halford v UK*, Para. 9-10). She brought a claim to the Industrial Tribunal alleging that she was discriminated against on the grounds of sex (ibid, Para. 11). After the settlement of the discrimination lawsuit, she brought a case in Strasbourg claiming that the Merseyside Police Authority intercepted her office and home phone calls to gain information to use against her during the discrimination lawsuit and the employer breached her right to respect for privacy under the ECHR. The employer provided her two office telephones and especially one of them was for her private use. Although her office telephones were part of "the Merseyside police internal telephone network", the use of the telephones was not limited and also she was not warned that her communications might be intercepted (ibid, Para. 16).

The ECtHR interpreted the workplace privacy narrowly and based its decision on the applicant's reasonable expectation of privacy (contrary to the Court's broad interpretation of the concept of private life in *Niemietz v Germany*) since the employer had created that expectation by providing her an office phone, which was designated for her private use (Bowers and Lewis, 2001, p.66; Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.182; Deakin and Morris, 2009, p.326; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.417). The court ruled that monitoring telephone conversations falls within the scope of "correspondence" and "private life" under the article 8 (Grosz, Beatson and Duffy, 2000, p.273; Herbert, 2008, p.400; White and Ovey, 2010, p.369). Moreover, the Court rejected the argument that employees do not have the right to privacy in relation to the communications that are made from the workplace (Christie, 2005, p.166). Thereafter, the Court examined whether this interference with the right to privacy could be justified under the article 8(2) and ruled that "the interference was not in accordance with the law *since domestic law did not provide any regulation of interceptions of calls made on telecommunications systems outside the public network*" (*Halford v UK* Para. 50; White and Ovey, 2010, p.314).

The Court's decision in *Halford v UK* has important implications on labour law. The importance of this decision is that it was the first case dealing with the application of the article 8 in the employment context and it established the right to privacy in the workplace in English law for public sector employees (Craig & Oliver, 1998, p.49). This decision indicates that interception of telephone conversations might violate the right to respect for privacy although employees are using the company owned phones and they are making the telephone conversations during the work time from the workplace (ibid, p.51). Likewise, the same principles may apply to the surveillance of emails and the Internet usage (Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.182).

However, *Halford v UK* decision is also criticised because the Court did not provide any guidelines about what could be considered as a violation of the article 8 under different circumstances (Craig & Oliver, 1998, p.51; Oliver, 2002, p.336; Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.182). In *Halford v UK*, the applicant was a public sector employee, her phone calls were intercepted without any warning and the phone was designated to the applicant's personal use. Therefore, the decision of the ECtHR does not provide any answers to the situations in which the interference is made by a private sector employer with an advanced warning. Moreover, since the Court based its decision on the employees' reasonable expectation of privacy, the decision seems to support the arguments that the right to privacy in the workplace can be diminished by eliminating employees' reasonable expectation (Ford, 2000, p.31; Christie, 2005, p.166). It is suggested, however, that a total ban on the personal use of communication systems at work might constitute a breach of the employees right to develop relationships at work (O'Dempsey, et al., 2001, p.154; *Niemietz v Germany* Para. 29).

Likewise, in *Copland v UK*, the ECtHR examined the application of the article 8 regarding monitoring of telephone calls, emails and the Internet usage of an employee who worked in a college that was administered by the state. The state argued that the interference with private life was necessary for achieving its aim to provide further education. However, the Court found that the employee had a reasonable expectation of privacy due to lack of any warnings and the monitoring of phone calls, emails and the

Internet usage were not in accordance with law and constituted a violation of the article 8 (Herbert, 2008, p.402; White and Ovey, 2010, p.369).

Furthermore, a French Appellate Court, by taking a broad approach to the scope of the article 8, held that the right to respect for private life prevents employers from opening an email file, which has a private label regardless of a claim that the property of the computer and the system belong to employers (Herbert, 2008, p.415; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.420). In 2005, the same French court ruled that without any particular risk employers should not access the files labelled personal on the employees' computers even if the employee stored pornographic images in the file (Herbert, 2008, p.415).

The UK government filled this legal gap by enacting the Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (Implemented the Directive 97/66/EC into national law) (henceforth "the RIPA") and Telecommunications (Lawful Business Practice) (Interception of Communications) Regulations 2000 (henceforth "the Regulations") (Bowers and Lewis, 2001, p.68; Christie, 2005, p.169; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.417). The RIPA sections 2(7) and (8) regulate the transmission and interception of communications, which are stored or recorded to provide collection or access to communications such as those stored in email inboxes (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.418; It should be pointed out that emails once read by employees do not fall within the scope of the RIPA (Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.184)).

The RIPA limits the interception of communications and creates a new right to privacy (a statutory tort) in English law that can be applied to employers' monitoring of emails, telephone calls, text-messages, correspondence and the Internet usage (Ford, 2000, p.34; Oliver, 2002, p.338; Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.184; Bradley & Ewing, 2011, p.483; Stone, 2012, p.235). However, although the RIPA section 3(1) regulates the right to privacy for employees for their electronic communications, it makes the interception of communications authorised by the consent of the sender and the recipient (The arguments about the validity of employees' consent are also relevant here).

Moreover, the Regulations also introduces a broad range of defences for employers to lawfully monitor and record communications for business purposes under section 3(1)(a) (Bowers and Lewis, 2001, p.69; Carey,

2004, p.226; Deakin and Morris, 2009, p.329; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.418). In addition, employers can monitor but not record the communications of employees without their consent when they are providing anonymous counselling, support service for free and in order to determine whether the communications are relevant to the employers' business (the Regulations section 3(b) and (c)). Employers must show that all reasonable efforts are made to inform people who use the telecommunication system, which is monitored in order to rely on the defences set out in section 3(1)(a) (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.418; The Regulations section 3(2)(c)). Employers can easily meet this criterion by preparing a workplace privacy policy or a statement, which notifies employees for the potential interceptions (Oliver, 2002, p.342).

Although it is claimed that the Regulations strikes a balance between the employers' interests to control communications related to their business and the employees' right to privacy by protecting non-business related communications, employers have the right to monitor all communications to check their relevance with the business (Oliver, 2002, p.341; Christie, 2005, p.171; Allen, Crasnow and Beale, 2007, pp.186-187). Furthermore, the Regulations allows employers to monitor communications to detect the unauthorised use of the system (The Regulations section 3(1)(a)(iv)). The definition of "unauthorised" is not provided and this is open to abuse by employers because as long as they think there might be an unauthorised use of the system, they can monitor employees without any restriction (Oliver, 2002, p.341).

Moreover, the Regulations also fails to introduce the test of proportionality because when employers establish that the interception is made in accordance with the purposes set out in section 3(1)(a), then it is not necessary to examine the means used by employers (Oliver, 2002, p.342). Indeed, this approach results in the precedence of the employers' business interests over the employees' right to respect for privacy (*ibid*). Nevertheless, Ford (2002, p.151) suggests that the power conferred to the employers' managerial discretion by the RIPA and the Regulations must be exercised in accordance with the HRA 1998 and DPA and courts should apply the proportionality test.

As a result of these broad defences that enable employers to monitor and record communications in the workplace, only the communications

which are clearly private and irrelevant to the business are protected under the Regulations (Bowers and Lewis, 2001, p.69; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.418). In addition, it is not difficult for employers to find some business needs to conduct surveillance and as long as they warn employees about the workplace surveillance, their conduct will be protected by the Regulations (Ford, 2002, p.143; Oliver, 2002, p.342; Collins, Ewing and McColgan, 2012, pp.418-419). The Regulations provides a legal basis for employers to justify workplace surveillance and even worse it provides a legal basis for maintaining monitoring for the authorised purposes (Bowers and Lewis, 2001, p.70). If this was the intention of the ECtHR in *Halford v UK*, then it should be questioned, as the right to respect for privacy is a fundamental human right, which cannot be eliminated by warning employees in advance (Craig & Oliver, 1998, p.56; Arguments about contracting-out of the right to privacy are also relevant here).

Moreover, the broad defences introduced by the RIPA and the Regulations and employers' attempts to eliminate the reasonable expectation of privacy for employees by referring to the express and implied terms of the employment contract can be challenged before the ECtHR (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.419). In *Niemietz v Germany* (Para. 29), the ECtHR stated that the definition of privacy is not only limited to "*the notion of an inner circle*" but it also includes "*the right to establish and develop relationships*" with other people. Indeed, the Court also pointed out the importance of working life for people to find "*the opportunity of developing relationships with the outside world*" (ibid). Therefore, it is possible to reach the conclusion that employers are under the duty to provide some areas that employees can act freely without any surveillance in the workplace (Ford, 2000, p.30; Ford, 2002, pp.140-141).

It is further argued that if employees are using company owned computers, email addresses and network systems, then they do not have any reasonable expectation of privacy (Owens and Riley, 2007, p.451; Lugaresi, 2010, p.168). Privacy, however, should not be seen as an aspect of ownership (Lugaresi, 2010, p.168; See also DPWP, 2002, WP 55, s. 4.1). Furthermore, it is important to limit the power of employees on the restriction of the right to privacy by eliminating the reasonable expectation of employees since the working hours extended the traditional limits for eight hours per day and many adults spend most of their time in a day in

their workplace (Oliver, 2002, p.333). In addition, if it is accepted that the knowledge of surveillance removes the reasonable expectation of employees, then the right to respect for privacy will be diminished by the unilateral managerial powers of employers (ibid).

After the ECtHR' decision on workplace privacy, Article 29 Data Protection Working Party (henceforth "the DPWP") prepared a working document to provide guidelines for employers in respect to the surveillance of the electronic communications in the workplace (DPWP, 2002, WP 55; Herbert, 2008, p.401). In respect of the surveillance of the Internet, the DPWP states its opinion on the personal use of the internet in the workplace as the following: "*A blanket ban on personal use of the Internet by employees does not appear to be reasonable and fails to reflect the degree to which the Internet can assist employees in their daily lives*" (DPWP, 2002, WP 55: s. 5.1). This statement clearly reflects the importance of the Internet for employees to develop relationships, interact with others and conduct their business (Lugaresi, 2010: 164). Therefore, it is not realistic to expect that employees will not use the Internet for personal reasons in the workplace (ibid). Nevertheless, the DPWP emphasised that the personal use of the Internet and its limits are up to the decisions of employers (DPWP, 2002, WP 55, section 5.1).

Although, the DPWP shares its opinion that is against a blanket ban on the personal use of the Internet, employers are not under the obligation to provide Internet connections for personal use in the workplace (Lugaresi, 2010, pp.165-166). In addition, the Internet can be misused by employees and employers may be held responsible for the illicit activities because employees use employers' computers and Internet connections (ibid, p.165). Because of that, employers' interests on monitoring of the employees' Internet usage should be balanced with the employees' right to privacy. However, if employers do not regulate the personal use of the Internet by privacy policies, then employees may have a reasonable expectation of privacy (ibid, pp.166-167). Therefore, in order to monitor the Internet usage lawfully, employers should follow the principles set out in the Data Protection Act 1998 (henceforth "the DPA") and also the guidelines provided by the DPWP. Moreover, in respect to the surveillance of web-mails, the DPWP suggests that employers should allow employees to use private emails for the purpose of personal communications, as this

enables employers to monitor employee emails which are related to the business without any interference with employees' privacy and without any danger to collect sensitive personal data unintentionally (DPWP, 29 May 2002, WP 55, s. 4.4).

It is worth pointing out that the employers' interference might be justified under the article 8(2) (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.420). For instance, in *Kopke v Germany*, the ECtHR ruled that the secret video surveillance in the workplace constituted a breach of the article 8, but it was justified under the article 8(2) since the employer had a reasonable suspicion of theft in the workplace and he lacked any other means to reveal the misconduct and find who was responsible for it (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.420; See also Scottish EAT decision in *McGowan v Scottish Water* regarding the covert video surveillance of an employee outside the workplace cited in Allen, Crasnow and Beale, 2007, pp.188-189; Herbert, 2008, p.413). This line of ruling may appear to provide a protection of the right to respect for privacy against the constant secret video surveillance of all employees in the workplace (Colling, Ewing and McColgan, 2012, p.420).

In addition, it is worth noting that visual monitoring in the workplace has been extended to the outside of the workplace by company cars equipped by GPS devices. It is commonly accepted that employers have the right to know where employees are during the working hours and they may have legitimate reasons to follow employees by using GPS devices (Selmi, 2006, pp.1044-1045). The same rules discussed above apply for the compliance with the law. However, if employers also permit employees to use company cars for their private use, then the GPS devices need to be deactivated after the work time (ibid). Moreover, it is suggested that employees should not accept to use company cars for private use as a "benefit in lieu of monetary compensation" (ibid, pp.1045-1047). The same line of arguments also applies to cases in which company owned computers or telephones are provided for private use.

It is also important to address that, the data processed by surveillance such as monitoring of emails, websites, communications or employee activities by CCTV cameras in the workplace also fall within the scope of the DPA; therefore, employers should follow the eight data collection principles set out in the DPA (Ford, 2000, p.34; Bowers and Lewis, 2001,

p.68; Oliver, 2002, pp.343-344; Carey, 2004, p.227; Christie, 2005, p.172; Herbert, 2008, p.413; Deakin and Morris, 2009, p.330; See also: DPWP, 2001, WP 48, section 5). The data protection principles will be examined in the next section.

2. Employee Records

Employers collect personal information about employees sometimes as a “*side effect*” of the surveillance in the workplace and in some cases employers may need such personal information to conduct their legal obligations such as health and safety regulations or occupational pension schemes (Ford, 1999, p.57; Oliver, 2002, p.328; Collins, Ewing and McColgan, 2012, pp.420-421). Furthermore, during the recruitment process, employers may need to obtain personal information about employees for the pre-employment vetting (In this situation, employers should only ask personal information that they need for the recruitment decision and the pre-employment vetting. Otherwise, it might be hard for employers to justify the collection of personal data except the posts, which are related to the national security (Bowers and Lewis, 2001, p.72)). Protection of personal data has a significant importance on the effective enjoyment of the right to respect for privacy; therefore, the collection, storage and disclosure of personal information about employees may also constitute a breach of the right to privacy (O’Dempsey, et al., 2001, pp.145-146; Harris, et al., 2009, p.412; White and Ovey, 2010, p.376).

European Union passed the Data Protection Directive (EU Directive 95/46) (henceforth “the DPD”) to regulate the collection of personal information. According to the DPD, member states are obliged to introduce substantive legal limitations on collecting personal information by private and public employers (the article 7) (Craig & Oliver, 1998, p.56; See also: DPWP, 2002, WP 55, section 3 and DPWP, 2001, WP 48, section 2). The DPD was implemented into national law by the DPA in the UK. According to the DPA, data controllers, which include employers, are under the obligation to meet the data protection standards set out in schedule 1 of the DPA when obtaining, recording or holding personal data about their actual employees and job candidates (Craig, 1998, p.391; Bowers and Lewis, 2001, p.68; Christie, 2005, p.171; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.421). The detailed examination of the DPA goes beyond the scope of this

research; however the data collection principles will be pointed out as they have important implications on the employees' right to privacy.

The first issue that needs to be highlighted is the scope of the DPA. Personal data is defined in section 1(1) as "data, which relate to a living individual who can be identified". Moreover, according to section 1(1), the DPA applies to the data, which is "being processed by means of equipment operating automatically in response to instructions given for that purpose". This provision shows that the aim of the DPA is to introduce protection for the "computerised storage of information", which also includes personal information collected manually with the intention of entering it on a computer or a webpage later (Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.178; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.421; See also: *Bodil Lindqvist v Åklagarkammaren i Jönköping*).

Moreover, employers' manual notes may fall within the scope of the DPA if they become a part of a relevant filing system, especially paper-based employee files that are kept by the human resources department in the workplace (Bowers and Lewis, 2001, p.73; Carey, 2004, p.218; Bailey, Taylor and McColgan, 2009, p.609). The Court of Appeal interpreted the personal data and the relevant filing system narrowly in *Durant v FSA* and as a result of this judgement; employers may gain the opportunity to exclude certain files from the application of the DPA (cited in Carey, 2004, p.218; Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.177). It is believed that this narrow interpretation of the DPA does not reflect the purpose of the DPD and the article 8 of the ECHR.

The other important provision of the DPA is the eight data collection principles set out in schedule 1. The first paragraph of schedule 1 introduces different requirements for the lawful collection of personal data and sensitive personal data (Sensitive personal data is defined as an information about the data subject regarding his racial or ethnic origin, political opinions, religious beliefs or other beliefs of a similar nature, trade union membership, physical or mental health, sexual life, criminal history and criminal charges (section 2 of the DPA; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.422). With respect to the collection of personal information, employers must meet at least one of the conditions set out in schedule 2; given that one of these conditions is the consent of the data subject, employers may tend to obtain the consent of employees by a clause in the employ-

ment contract (Bowers and Lewis, 2001, p.73; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.422). On the other hand, with respect to the collection of sensitive data, the DPA requires employers to get the explicit consent of the employees. This raises the arguments about obtaining the consent of employees by employment contracts as discussed above. Especially in relation to the consent for collection of sensitive personal data, it is not appropriate to get the consent of employees by employment contracts (Carey, 2004, p.219; The Employment Practices Code, p.81).

Moreover, the DPA should be read in accordance with the DPD and the article 7 of the Directive regulates that data processing can be legitimate by getting “*unambiguous consent*” of employees, which is limited with a specific information for a specific time and specific process or employers need to show that their legitimate interests outweigh the privacy interests of employees (Craig & Oliver, 1998, pp.56-57; DPWP, 2001, WP 48, section 10; Oliver, 2002, p.345). Otherwise, it could be well argued that the UK failed in the implementation of the DPD (Oliver, 2002, p.345). In the employment relationship it is hard for employers to get the clear consent of employees for every time they process personal information, especially for sensitive personal information; therefore, they should focus on the justifications they may introduce for collecting personal information (Craig & Oliver, 1998, p.57).

The eight principles set out in schedule 1 also require employers not to use the data for purposes other than they obtained the data for (Ford, 1999, p.58). Moreover, employers are obliged to inform employees about the monitoring in order to process the data fairly (Carey, 2004, p.227). Furthermore, employees have the right to access to personal data that they are the subjects; however, the system is based on individual enquiries (Ewing, 1996, p.103; Bailey, Taylor and McColgan, 2009, p.610). The DPA also regulates the principle of proportionality. The personal data collection shall be “*adequate, relevant and not excessive in relation to the purpose or purposes for which they are proceed*” (the DPA, schedule 1, Part 1). Indeed, the interests of employers in monitoring and the interests of employees in workplace privacy should be balanced (Ewing, 1996, p.105; Carey, 2004, p.227). The Court of Appeal considered the principle of proportionality in *R v Secretary of State of Health, ex p. C.* (Para. 27) and the Court highlighted that after the implementation of the HRA 1998,

employers will be required to justify the interference under the article 8(2) and the measures that are taken must be proportionate to achieve the legitimate aim (Bowers and Lewis, 2001, pp.72-73).

The Information Commissioner is responsible for the enforcement of the DPA. The Information Commissioner introduced the Employment Practices Code, which is not a legally binding document, to provide guidelines for employers in relation to the application of the DPA (Christie, 2005, p.172; Deakin and Morris, 2009, p.328; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.423). According to the Employment Practices Code, employers should justify the workplace surveillance by reference to the principles set out in the DPA and also they should not use the personal data for any purposes other than the ones for which they are collected (Herbert, 2008, p.411; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.423). The Code also suggests that employers should consider the principle of proportionality before carrying out monitoring arrangements in the workplace (Carey, 2004, p.225; Christie, 2005, pp.173-174; Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.192; Herbert, 2008, p.411; See also: DPWP, 2001, WP 48, section 9).

The principles that employers should take into account when they monitor or collect personal information can be summarised as follows:

Employers should only monitor employees' work-related conversations or actions (Craig & Oliver, 1998, p.57). Furthermore, they should build a transparent monitoring policy, which provide private areas for employees and ensure them they are not subject to covert surveillance (ibid; Carey, 2004, p.228; Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.192; Herbert, 2008, p.412). In addition, transparent monitoring policy, which meets the criteria set out in the DPA, enables employers to inform employees about the monitoring arrangements in the workplace (Carey, 2004, p.228; Christie, 2005, p.173). Moreover, the personal information that is collected should be kept confidential and employees should be free to access the information (Craig & Oliver, 1998, p.58; There is an exemption in section 29 of the DPA).

Moreover, employee data security can be achieved by establishing data security policy, properly training the staff and establishing an IT system that enables only the members of the staff to access the personal data in the workplace (Carey, 2005, p.221). It is also suggested that employers

should adopt “*selective monitoring*” arrangements instead of adopting “*continuous surveillance*” and only work-related communications should be subject to monitoring (ibid, p.229). Finally, employers are responsible for actions of people who are responsible of monitoring and data collection and storage in the workplace even if employers out-source the service; therefore, those staff should be trained properly to understand the requirements under English law and if the service is out-sourced then employers should check that the data processor follows the principles set out in the DPA (ibid).

More to the point, employers also collect medical data about employees for employment purposes. The collection of information on physical and mental health of employees falls within the scope of the article 8 of the ECHR (*M.S. v Sweden* Para. 41), the DPA and the Access to Medical Reports Act 1988 (henceforth “the AMRA”). According to the DPA, the data, which includes information about employees’ physical or mental health conditions, constitutes sensitive personal data and employers when processing such data must meet the strict conditions explained above (Bowers and Lewis, 2001, p.74; Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.201). In addition, the AMRA obliges employers to get the consent of employees in order to apply for medical reports that they need for employment purposes and employees have the right to see these medical reports before they are given to employers (ibid). Moreover, the definition of medical reports can be interpreted broadly to cover medical reports from company doctors within the scope of the application of the AMRA in the light of the article 8 (Bowers and Lewis, 2001, p.74). Consequently, employers must justify their actions under the article 8(2), if they dismiss or discipline employees who do not give their consent for the access of medical records

The Employment Practices Code also suggests that the information regarding employees’ health conditions should be collected only in relation to the duties arising from health and safety in the workplace and disability discrimination legislation (Collins, Ewing and McColgan, 2012, pp.423-424). It is worth recalling that employers who provide private health insurance to their employees may have a legitimate interest to collect medical information about employees. Therefore, it is suggested that the most convenient way to limit employers’ interests on medical data is to

remove private health insurance from the employment relationship (Selmi, 2006, p.1050).

3. Drug and Alcohol Tests

Employers may have policies on alcohol consumption and drug use and may ask employees to take random drug and alcohol tests. Company policies on the consumption of alcohol may constitute an interference with the right to privacy especially if their effects go beyond the workplace (Bowers and Lewis, 2001, p.74). Indeed, compulsory testing for drugs and alcohol is an interference with the right to privacy; therefore, it must be justified under the article 8(2) such as health and safety reasons and the principle of proportionality is applied (Ford, 2000, p.37; Selmi, 2006, p.1052; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.424). In addition, the collection of information as a result of alcohol and drug testing also constitutes the collection of sensitive personal data and it falls within the scope of the DPA (ibid). Therefore, it is believed that employers should refrain from carrying out drug and alcohol tests unless they have clear health and safety reasons (Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.201; Employment Practices Code part 4 also provides guidelines for employers who want to conduct compulsory medical tests in the workplace).

More to the point, dismissal of employees because of their refusal to take these tests may constitute an unfair dismissal if employers fail to justify the interference under the article 8(2) (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.424). In addition, the ECtHR in *X v Commission of the European Communities* (Para. 17) pointed out the importance of "a person's right to keep his state of health secret" under the article 8 in relation to a job applicant's refusal to take an AIDS test (English, 2000, p.195; Palmer, 2000, p.188). Dismissals because of an employee's refusal to take an AIDS test must be justified by employers; for example, the nature of the job may create "the risk of passing on the infection" (Ewing & McColgan, 1995, p.139; Palmer, 2000, p.188).

Furthermore, the same line of arguments also applies to the other kinds of testing of employees that includes questions about private life such as personality tests for job applicants or employees in the workplace. However, it is worth noting that, job applicants in a private sector, who are refused to be employed because of refusing to take these tests, are not pro-

tected under English law, except cases involve anti-discrimination laws (Craig, 1998, p.389; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.425; As it is explained above the Convention rights do not provide an independent cause of action and the implied term of mutual trust is discussed only in the existence of the employment contract).

4. Dress Code

The right to privacy covers the right to determine one's personal identity, and the mode of dressing is a way of establishing personal identity (Ford, 2000, p.32; Harris, et al., 2009, p.366). As a result, introducing dress code in the workplace falls within the sphere of the private life under the article 8 (Bowers and Lewis, 2001, p.75; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.444). Many employers have dress code, which regulates the rules of the mode of dress in the workplace such as wearing uniforms as well as rules that affect the appearance of employees outside the workplace such as having short hair and shaving on daily basis (ibid; Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.203; See contrary decisions of the Court of Appeal: *Smith v Safeway plc*; *Schmidt v Austicks Bookshops Ltd*). Nevertheless, employers may have legitimate aims to insist on introducing dress code in the workplace since it is closely related to the employers' public image (Ford, 2000, p.32; Bowers and Lewis, 2001, p.76; See also: *Kara v UK*).

On the other hand, the restrictions on employees' appearance that go beyond the workplace such as hair length are harder to justify for employers. In *Catharell v. Glyn Nuttall Limited*, the Tribunal pointed out that the restrictions on the choice of hair length constitutes an interference with the right to privacy unless it is related to the employers' business interests or employees' performance (Bowers and Lewis, 2001, pp.76-77; See also: *LM Boychuk v HJ Symons Holdings Ltd*). Therefore, the courts should take Convention rights into account when assessing the fairness of dismissals that arise from a failure to comply with dress code in the workplace and apply the test of proportionality (ibid, p.75; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.444).

5. Life Style

Another important issue that should be examined under the right to privacy in the workplace is to what extent employers can control the employees'

life-style under the contract of employment. The interference with the private life of employees can be seen in cases where employers introduce dating policies in the workplace and dismiss employees because of their private activities/life style such as membership of societies, engaging with heterosexual relationship. Dismissals because of employees' private activities may result in a loss of dignity and that shows the fundamental importance of the protection against employers' interference with employees' life-style (Mantouvalou, 2012, p.165; The detailed examination of the right to privacy in unfair dismissals due to off-duty activities is outside the scope of this research).

Before the implementation of the HRA 1998, employers could easily claim that the life style and off duty activities of employees might damage the reputation of employers and dismiss employees who behaved contrary to the employers' personal preferences (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.425; See also *Saunders v Scottish National Camps Association*). The test of fairness provides wide range of defences to employers to dismiss employees fairly because of their personal choices in their private lives such as sexual or cultural preferences (Collins, Ewing and McColgan, 2012, pp.425-426). After the implementation of the HRA 1998, the courts are under the obligation to consider the possible interferences with the article 8 of the ECHR when they are assessing the fairness of dismissals (O'Dempsey, et al., 2001, p.151). Moreover, employers are also under the obligation to justify the interference with the employees' right to privacy and should meet the principle of proportionality (Bowers and Lewis, 2001, p.75; Selmi, 2006, p.1053).

The Court of Appeal for the first time examined the fairness of a dismissal in the light of the article 8 in *X v Y*. In this case, the claimant who was working in a charity for young offenders was dismissed because of committing a sex offence in a public toilet. His employer claimed that he was dismissed because he engaged in a criminal activity and concealed that information from the employer. On the other hand, the claimant argued that the dismissal was unfair and his right to privacy under the article 8 was violated (Mantouvalou, 2008, p.917). However, both the EAT and the Court of Appeal ruled that the article 8 of the ECHR is not engaged because the activity took place in a public area and pointed out that "*a criminal offence is not a purely private matter*" (*X v. Y* Para. 52). The

Court of Appeal's ruling in this case can be described as disappointing and has resulted in an inadequate protection of the right to privacy in dismissals (Mantouvalou, 2008, p.921).

Likewise, in *Pay v Lancashire Probation Service*, the EAT followed the same line of arguments when determining the scope of the article 8 and the unfair dismissal claim was failed (Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.212). On the other hand, the ECtHR in *Pay v UK* established a stronger protection for the employees' right to privacy related to the off-duty conduct. The Court accepted that the case fell within the scope of the article 8; although, the activity took place in a nightclub. The Court found, however, that the employer had a legitimate aim on the grounds of the protection of the reputation of the probation service (Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.428).

The importance of the ECtHR decision in *Pay v UK* is that it confirms that the Court of Appeal's approach that confines the scope of the article 8 in private areas in *X v. Y* is not in accordance with the Strasbourg jurisprudence. In cases, which involve unfair dismissal claims related to interference with the right to privacy, English courts should interpret the scope of the article 8 widely and apply the test of proportionality to examine the justifications provided by employers (Mantouvalou & Collins, 2009, p.134; Collins, Ewing and McColgan, 2012, p.428; See also: *Schuth v Germany*; *Obst v Germany*).

Consequently, according to the Strasbourg case law, employers can dismiss employees on the grounds of employees' life style as long as they can show that the interference is justified under the article 8(2) and the measure of dismissal is proportionate to achieve the legitimate aim. The courts in the UK should interpret section 98 of the ERA 1996 to establish the principle that dismissals that breach a Convention right cannot be accepted as a fair dismissal and in these cases it should be accepted that employers are not acting reasonably (Ewing, 1998, p.288). Furthermore, the test of fairness in dismissals, which is not consistent with Convention rights due to its wide range of reasonable defences, should be replaced by the test of proportionality, which requires a clear link between the activity in question and its detrimental impact on business (Owens and Riley, 2007, p.450; Mantouvalou, 2008, p.935).

VI. Conclusion

Technological developments have created the need for the protection of the right to privacy in the workplace since employers' interference with the right to privacy has become disproportionate. The HRA 1998 has paved the way for the establishment of the right to privacy in common law for public sector employees and the acceptance of the indirect horizontal effect of the HRA 1998 provides a protection for private sector employees, which also broadens the scope of the application of the right to privacy. The scope of the article 8, however, is still unclear because the ECtHR assesses its scope in a case-by-case approach, instead of providing guidelines to determine the meaning of the right to privacy, and this creates uncertainty and arbitrariness in the application of the article 8 (Maciolek, 2009, p.96). In addition, although, national courts' mandate in deciding the substance of the rights embodied in the ECHR as well as determining the scope of the application of the HRA 1998 are significant powers, courts have not fully engaged with these power yet (Ewing, 2010, pp.14-15).

Furthermore, the test of reasonable expectation of privacy narrows the application of article 8 in workplace privacy claims because it is difficult to establish a legitimate expectation of privacy for employees in the workplace since employees are under the obligation to work and employers have a legitimate interest to direct and control the workforce. In addition, employers by giving a notification can simply prevent employees from relying on the claims of a reasonable expectation of privacy (Colon, 1996, p.290; Ford, 2000, p.31; Selmi, 2006, pp.1042-1043). Therefore, it is still not clear to what extent employees have the right to privacy in the workplace (Christie, 2005, p.174).

Although the HRA 1998 potentially has a far-reaching effect in the context of employment, it does not provide any "*carefully tailored legislation*" for labour lawyers and the national legislation on the protection of the right to privacy has fallen behind the technological developments (Ewing, 1998, p.291; Christie, 2005, p.174). Moreover, the ECtHR and national courts still cannot meet the needs of employees in the respect to the interpretation of the article 8 (Ewing, 1998, p.292). The legislation on the protection of privacy in the UK shows that the key obstacles for employees to enforce their right to respect for privacy in the workplace are that the legislation allows contracting-out of the right to privacy by an agreement be-

tween employers and employees and the test of reasonable expectation of privacy limits the scope of the article 8 (Oliver, 2002, p.350). Furthermore, employers' interest to run the business prevails over the employees' right to privacy in the workplace (Oliver, 2002, p.350; Christie, 2005, p.174).

Moreover, success of the HRA 1998 depends on the courts willingness to interpret Convention rights broadly in the context of employment to meet its broad aims (Palmer, 2000, p.170). The narrow approach of the ECtHR and national courts in the interpretation of the article 8 and the way it is drafted as a highly qualified right slow down the progress of establishing the right to privacy in the employment context (Ewing, 1998, pp.288-289). It is believed, however, that Employment Tribunals, due to their special expertise, are well supported to deal with fundamental human rights issues in the employment context and this may eventually encourage them to be more creative (Bowers and Lewis, 2001, pp.8-9).

In the context of employment, employees are dependant on employers; therefore, there is a need for better safeguards for the protection of the right to privacy in the workplace (Mantouvalou, 2008, p.937). This can be achieved through several ways. Firstly, there is a need for the re-interpretation of the concept of privacy in the employment context (Mantouvalou, 2008, p.937). Secondly, the legitimate interests of employers should be reduced (Selmi, 2006, p.1055) and a strict test of proportionality should be applied. Moreover, it is believed that a good employment relationship is achieved by mutual trust and this requires employers to respect employees' human rights such as the right to respect for privacy (Craig and Oliver, 1998, p.59). Furthermore, common law and the ECtHR may provide clear guidelines for the limits of the workplace surveillance and the extent of the employees' expectations of privacy (Christie, 2005, p.174). However, progress in common law is slow and there is a need for a statutory right to privacy (Colon, 1996, p.294; Wong, 2005, p.161; Allen, Crasnow and Beale, 2007, p.212). Otherwise, it is believed the current situation has a potential to turn workplaces into detention centres and employee's dignity will be lost (Colon, 1996, p.296).

REFERENCES

- Access to Medical Reports Act 1988. (c. 28). [online]
Available at:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/28/data.pdf> [Accessed 11.8.2014].
- Allen R., Crasnow R. and Beale A. (2007). *Employment Law and Human Rights*. 2nd Edition. New York: Oxford University Press.
- Article 29 Data Protection Working Party. (2002). *Working Document on the Surveillance of Electronic Communications in the Workplace*. (5401/01/EN Final-WP 55) [Online]
Available at:
http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp55_en.pdf [Accessed 19.7.2014].
- Article 29 Data Protection Working Party. (2001). *Opinion on the processing of personal data in the employment context*. (5062/01/EN Final-WP 48) [Online]
Available at:
http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2001/wp48_en.pdf [Accessed 23.8.2014].
- Bailey S. H., Taylor N. W. and McColgan A. (2009). *Civil Liberties: Cases, Materials and Commentary*. 6th Edition. New York: Oxford University Press.
- Bernstein A. (2006). "Foreword: What We Talk About When We Talk About Workplace Privacy". *Louisiana Law Review*, Vol. 66, pp.923-943.
- Bowers J. & Lewis J. (2001). *Employment Law and Human Rights*. London: Sweet & Maxwell.
- Bradley A. W. & Ewing K. D. (2011). *Constitutional and Administrative Law*. 15th Edition. London: Pearson Longman.
- Brown D. & Ewing K. D. (2000). "Human Rights at Work: Possibilities and Problems" in K. D. Ewing (Ed.) *Human Rights at Work*. London: Institute of Employment Rights, pp.203-231.
- Buxton R. (2000). 'The Human Rights Act and Private Law'. *Law Quarterly Review*, Vol. 116 (Jan), pp.48-65.

Carey P. (2004). *Data Protection: A Practical Guide to UK and EU Law*. 2nd Edition. New York: Oxford University Press.

Christie D. (2005). "Employee Surveillance" in M. Klang and A. Murray (Eds.), *Human Rights In the Digital Age*. London: Glasshouse, pp.163-174.

Clapham A. (1993). *Human Rights in the Private Sphere*. Oxford: Clarendon Press.

Collins H. (2006). "The Protection of Civil Liberties in the Workplace". *Modern Law Review Limited*, Vol. 69 (4), pp.619-631.

Collins H., Ewing K. D. and McColgan A. (2012). *Labour Law*. New York: Cambridge University Press.

Colon K. J. (1996). "Privacy in the Workplace". *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 72, pp.285-296.

Connelly A. M. (1986). "Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights". *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35 (3), pp.567-593.

Craig J. D. R. (1998). "Privacy in the Workplace and the Impact of European Convention Incorporation on United Kingdom Labour Law". *Comparative Labour Law and Policy Journal*, Vol. 19, pp.373-392.

Craig J. D. R. & Oliver H. D. (1998). "The Right to Privacy in the Public Workplace: Should the Private Sector be Concerned?". *Industrial Law Journal*, Vol. 27 (1), pp.49-59.

Data Protection Act 1998. (c. 29). [online]

Available at:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/data.pdf> [Accessed 10 August 2014].

Deakin S. & Morris G. S. (2009). *Labour Law*. 5th Edition. Oxford: Hart Publishing.

European Convention on Human Rights 1950. [online]

Available at:

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf [Accessed 16 August 2014].

Ewing K. D. (1996). *Working Life: A New Perspective on Labour Law*. London: Lawrence & Wishart.

Ewing K. D. (1998). "The Human Rights Act and Labour Law". *Industrial Law Journal*, Vol. 27 (4), pp.275-29.

Ewing K. D. (2010). *Bonfire of the Liberties*. New York: Oxford University Press.

Ewing K. D. and McColgan A. (1995). *Law at Work*. 2nd Edition. London: Unison Open College.

Ford M. (1999). "Recent Legislation: The Data Protection Act 1998". *Industrial Law Journal*, Vol. 28 (1), pp.57-60.

Ford M. (2000). "Article 8 and the Right to Privacy at the Workplace". in K. D. Ewing (Ed.) *Human Rights at Work*. London: Institute of Employment Rights, pp.25-42.

Ford M. (2002). "Two Conceptions of Worker Privacy". *Industrial Law Journal*, Vol. 31 (2), pp.135-155.

Gearty C. A. (2000) "The Human Rights Act 1998: an overview" in K. D. Ewing (Ed.) *Human Rights at Work*. London: Institute of Employment Rights, pp.1-23.

Gomez-Arostegui H. T. (2005). "Defining Private Life Under The European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations". *California Western International Law Journal*, Vol. 35 (2), pp.153-202.

Grosz S., Beatson J. and Duffy P. (2000). *Human Rights: the 1998 Act and the European Convention*. London: Sweet & Maxwell.

Harris D. J., O'Boyle M., Bates E. P. and Buckley C. M. (2009). *Harris, O'Boyle and Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*. 2nd Edition. New York: Oxford University Press.

HL Deb (1997-98) 24 November 1997 vol. 583 col. 812 [Online]
Available at:
<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldhansrd/vo971124/text/71124-18.htm> [Accessed 5.7.2015].

HL Deb (1997-98) 24 November 1997 vol. 583 col. 783 [Online]
Available at:
<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199798/ldhansrd/vo971124/text/71124-11.htm> [Accessed 7.7.2015].

Hepple B. (1998). "Human Rights and Employment Law". *Amicus Curiae*, Vol. 8 (Jun), pp.19-23.

Herbert W. A. (2008). "Workplace Electronic Privacy Protections Abroad: The Whole Wide World is Watching". *University of Florida Journal of Law and Public Policy*, Vol. 19 (3), pp.380-419.

- Human Rights Act 1998. (c. 42) [online]
Available at:
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/data.pdf> [Accessed 16 August 2014].
- Hunt M. (1998). "The Horizontal Effect of the Human Rights Act". *Public Law*, Aut., pp.423-443.
- Lugaresi N. (2010). "Electronic privacy in the workplace: Transparency and responsibility". *International Review of Law, Computers & Technology*, Vol. 24 (2), pp.163–173.
- Maciolek N. (2009). "Defining Privacy and the European Court of Human Rights: Assessing the Court's Application of Article 8(1) ECHR". *UCL Jurisprudence Review*, Vol. 15, pp.94-118.
- Mantouvalou V. (2005). "Work and Private Life: Sidabras and Dziautas v Lithuania". *European Law Review*, Vol. 30 (4), pp.573-585.
- Mantouvalou V. (2008). "Human Rights and Unfair Dismissal: Private Acts in Public Spaces". *Modern Law Review Limited*, Vol. 71 (6), pp.912-939.
- Mantouvalou V. (2012). "Are Labour Rights Human Rights?". *European Labour Law Journal*, Vol. 3 (2), pp.151-172.
- Mantouvalou V. and Collins H. (2009). "Private Life and Dismissal: Pay v UK". *Industrial Law Journal*, Vol. 38, pp.133-138.
- Morris S. G. (1998). "Human Rights Act and the Public/Private Divide in Employment Law". *Industrial Law Journal*, Vol. 27 (4), pp.293-308.
- O'Dempsey D., Allen A., Belgrave S. and Brown J. (2001). *Employment Law and the Human Rights Act 1998*. Bristol: Jordans.
- Oliver H. (2002). "Email and Internet Monitoring in the Workplace: Information Privacy and Contracting-out". *Industrial Law Journal*, Vol. 31 (4), pp.321-352.
- Owens R. and Riley J. (2007). *The Law of Work*. New York: Oxford University Press.
- Palmer S. (2000). "Human Rights: Implications for Labour Law". *Cambridge Law Journal*, Vol. 59 (1), pp.168-200.
- Parliament. (1997). *The White Paper 'Rights Brought Home: The Human Rights Bill'*. (Cmnd. 3782). [Online]
Available at:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/263526/rights.pdf [Accessed 10 August 2014].

Regulation of Investigatory Powers Act 2000. (c. 23). [online]

Available at:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/data.pdf> [Accessed 10 August 2014].

Selmi M. (2006). "Privacy for the Working Class: Public Work and Private Lives". *Louisiana Law Review*, Vol. 66 (4), pp.1035-1056.

Stone R. (2012). *Civil Liberties and Human Rights*, 9th Edition. Oxford: Oxford University Press.

Telecommunications (Lawful Business Practice) (Interception of Communications) Regulations 2000. [online]

Available at:

<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2000/2699/made/data.pdf> [Accessed 10 August 2014].

The Employment Practices Code (2005) [Online]

Available

at:

https://ico.org.uk/Global/~/_media/documents/library/Data_Protection/Detailed_specialist_guides/the_employment_practices_code.ashx. [Accessed 16 August 2014].

Vickers L. (2004). "Unfair Dismissal and Human Rights: Pay v Lancashire Probation Service". *Industrial Law Journal*, Vol. 33, pp.52-58.

Warren S. & Brandeis L. D. (1980). "The Right to Privacy". *Harvard Law Review*, Vol. 4 (5), pp.193-220.

Westin, A. F. (1996). "Privacy in the Workplace: How Well Does American Law Reflect American Values". *Chi.-Kent L. Rev.* Vol. 72, pp.271-283.

White R. C. A. & Ovey C. (2010). *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*. 5th Edition. New York: Oxford University Press.

Wong R. (2005). "Privacy: Charting its Developments" in M. Klang and A. Murray (Eds). *Human Rights in the Digital Age*. London: Glass House Press, pp.147-161.

Cases

Ahmad v UK [1982] 4 EHRR 126.

- Bodil Lindqvist v Åklagarkammaren i Jönköping* Case C-101/01, [2003] ECR I-12971.
- Botta v Italy* [1998] 26 EHRR 241.
- Catharell v Glyn Nuttall Limited* [1982] UKET 7935/81.
- Copland v UK* [2007] 45 EHRR 37.
- Copsey v WWB Devon Clays Ltd* [2005] IRLR 811.
- Costello-Roberts v UK* [1993] 19 EHRR 112.
- Durant v FSA* [2003] EWCA Civ. 1746.
- Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] 2 AC 557 (HL).
- Halford v UK* [1997] ECHR 32.
- Jones v University of Warwick* [2003] EWCA Civ. 151; [2003] 1 WLR 954.
- Kalac v Turkey* [1997] 27 EHRR 552.
- Kara v UK* [1999] EHRLR 232.
- Katz v United States* [1967] 389 U.S. 347.
- Kay v London Borough of Lambeth; Leeds City Council v Price* [2006] UKHL 10.
- Konttinen v Finland* [1996] 87 DR 68.
- Kopke v Germany* [2010] ECHR 1725.
- LM Boychuk v HJ Symons Holdings Ltd* [1977] IRLR 395 EAT.
- Malone v UK* [1984] 7 EHHR 14.
- Marckx v Belgium* [1979] 2 EHRR 330.
- McFeeley v UK* [1984] ECHR 23.
- McGowan v Scottish Water* [2005] IRLR 167 EAT.
- M.S. v Sweden* [1997] ECHR 49.
- Niemietz v Germany* [1992] 16 EHRR 97.
- Obst v Germany* [2010] ECHR 425/03.
- Palomo Sanchez v Spain* [2011] ECHR 1319.
- Pay v Lancashire Probation Service* [2004] ICR 187.
- Pay v UK* [2009] IRLR 139 (ECtHR).
- Peck v UK* [2003] ECHR 44.
- P.G. and J.H. v UK* [2001] ECHR 546.
- R v Secretary of State for the Home Department, ex p. Brind* [1991] 1 A.C. 696.
- R v Secretary of State of Health, ex p. C.* [2000] EWCA Civ. 49.
- R v Stratford JJ., ex p. Imbert* [1999] 2 Cr.App.R. 276.

- Rantsev v Cyprus and Russia* [2010] ECHR 22.
Redfearn v UK [2012] ECHR 1878.
Rommelfanger v The Federal Republic of Germany [1989] ECHR 27.
Saunders v Scottish National Camps Association [1980] IRLR 174.
Schmidt v Austicks Bookshops Ltd [1977] IRLR 360 EAT.
Schuth v Germany [2010] ECHR 1620/03.
Sidabras and Dziautas v Lithuania [2006] 42 EHRR 6.
Siliadin v France [2005] ECHR 545.
Smith and Grady v UK [1999] ECHR 72.
Smith v Safeway plc [1996] IRLR 456 CA.
Stedman v UK [1997] 23 EHRR CD 168.
Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden [1976] 1 EHRR 617.
Turek v Slovakia [2006] ECHR 138.
Von Hannover v Germany [2004] ECHR 294.
Wilson and Palmer v UK [2002] ECHR 552.
X v Y [2004] ICR 1634 (CA).
X and Y v Netherlands [1985] 8 EHRR 235.
X v Commission of the European Communities Case-404/92P [1995] IRLR 320.
YL v Birmingham City Council and Others [2007] UKHL 27.

**MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN DÜRÜST
UYGULAMALARA AYKIRI OLMAYAN KULLANIMI (M. 12) VE
İLGİLİ YARGITAY KARARLARI**
(*NON CONFLICTING FAIR PRACTICES OF BRAND USAGE BY THIRD PERSONS
AND RELATED COURT JUDGEMENTS*)

Araş. Gör. / Res. Asst. Adem YAŞAR*

ÖZET

Bu makalede markaların üçüncü kişiler tarafından kullanılması, yani marka sahibi ile arasında acentalık, tek satıcılık veya bayilik benzeri huku-ku bir ilişki olmadan üçüncü kişiler tarafından kullanılması işlenmesi hedeflenmiştir. Asıl amaç ise bu kullanımın dürüst bir kullanım olup olmadığı ve marka sahibinin marka hakkını ihlal edip etmediği uygulamalı örneklerle ve Yargıtay kararlarıyla incelenmesidir.

Anahtar Kelimeler: Marka, markanın üçüncü kişiler tarafından kullanımı, markanın dürüst kullanımı, markanın dürüst olmayan kullanımı.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze usage of brand by third person without any legal relation between proprietor and third persons such as agency, exclusive distributorship or dealership. The main aim of it is to examine whether the usage is fair or not and whether it violates the right of the proprietor with practical examples and court decisions.

Keywords: Brand, usage of brand by third persons, fair usage of brand, unfair usage of brand.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: adem.yasar@yeditepe.edu.tr

I - Giriş

Markalar en basit ifadesiyle işletmeler tarafından üretilen veya sağlanan mal veya hizmetleri tanıtmak, diğer mal veya hizmetlerden ayırt etmek amacıyla kullanılır. Bu açıdan her türlü işaret ayırt edicilik unsuru olması şartıyla marka olarak kullanılabilir. Bir deodorant markası olan ve yalnızca iki sayıdan oluşan “8x4” ayırt edicilik unsuru taşıdığı için marka olarak tescil edilmiştir. Yine aynı şekilde “Eti Cin” markası da yeterli derecede ayırt ediciliğe ulaşılmış olduğundan marka olarak tescil edilebilmiştir.

Markanın tanımı, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesinde yapılmıştır. Bu hüküm uyarınca; “Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlama koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir”. Görüldüğü üzere maddede markanın tanımı iki unsur temelinde yapılmıştır; Birincisi, bir teşebbüse ait mal veya hizmetlerin ayırt edicilik özelliğini bünyesinde barındırması, ikincisi ise çizimle görüntülenebilen her türlü işaretin marka olabileceğidir. Burada adlar, sözcükler, harfler, logolar, sayılar, mallar, şekiller ve ambalaj biçimleri, renkler, üç boyutlu biçimler, kokular, sesler de işaret kavramı içindedir¹. Madde metnindeki marka işaretleri kısıtlayıcı (tahdidi) değil, örnekleyici (tadadi) bir biçimde sayılmıştır.

Bir marka bazen tek bir işareten oluşurken bazen de birden fazla işareten oluşabilir. Bu durumda markanın “esas unsur” ve “tali unsur” kısımları mevcuttur. Esas unsur markanın ayırt edici nitelik taşıyan ve ilk anda dikkat çeken kısmıdır. Örneğin yukarıda andığımız “Eti Cin” markasında “Eti” tali unsuru oluştururken, “Cin”, yeteri derecede ayırt ediciliğe ulaştığından markanın asli unsurunu oluşturur².

Doktrinde markalar çeşitli açılardan sınıflara ayrılmaktadır. Bu ayrımı temelde, ürün çeşidine göre markalar ve kullanım alanına göre markalar olarak ikiye ayırabiliriz. Ürün çeşidine göre markalar emtia markaları ve hizmet markaları olarak ikiye ayrılır. Emtia markaları “Be-ko”, “Arçelik”, “Pınar”, “Tamek” gibi markalardır. Bunlar üretici tarafın-

¹ Poroy / Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 12. bası, İstanbul 2012, s. 415.

² Çeker, Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Adana 2012, s. 175.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

dan malın üzerine yerleştirilen ve bu sayede markasından kaynaklı ayırt edicilik kazanan markalardır. Hizmet markası ise “THY”, “Pegasus” “Hilton” gibi bir işletme tarafından sunulan hizmetlere yönelik markalardır³. Bundan başka markaların diğer bir sınıflandırma çeşidi ise kullanım alanına göre ferdi markalar, garanti markaları ve ortak markalar olarak üçe ayrılır. Ferdi markalar tek bir teşebbüs tarafından bağımsız olarak kullanılır. Garanti markası ise, marka sahibinin izni doğrultusunda birçok işletme tarafından kullanılan, üretime, coğrafi kaynağa, ortak bir özelliğe işaret eder. Örnek olarak Uluslararası Yün Birliğine işaret eden “Woolmark” markası, o birliğe üye olanların ürettikleri malların belli bir özelliğini gösterir. Ülkemizdeki belirli şartları taşıyan mallara verilen “TSE” ve “ISO 9001” markası da bu bağlamda garanti markasıdır. Ortak marka ise üretim, ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan bir grubun kullandığı işarettir⁴.

Bir marka tescilinden itibaren sahibine, MarKHK’ında öngörülen markayı kullanma hususunda kural olarak mutlak ve tekel hakkı sağlar. Bu sayede marka sahibi markanın aslının ya da benzerinin, tescil edildiği mal ve hizmetler bakımından kendisi dışında kimseler tarafından kullanılmasını m. 9 kapsamında engelleyebilir. Ancak markanın kullanımını noktasında bu mutlak hak sınırsız değildir. İş hayatının ve sosyal yaşamın getirdiği gereklilik göz önünde bulundurulduğundan bu tekel hakkına bazı sınırlamalar getirilmiştir⁵. M. 12 bu kapsamda korumanın sınırını oluşturur.

II - KHK m. 12 ve Mehz Hüküm

MarKHK’sı m.12 aynen şöyledir: “Dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.” Bu hüküm uyarınca tescilli marka sahibi kendi markasının başkaları tarafından isim, adres, hizmet, kaynak, sunuluş biçimi, cins ve diğer malı tasvir edecek

³ Çeker, Ticaret Hukuku, 3. Baskı, Adana 2012, s. 175.

⁴ Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 16. bası, Ankara 2012, s. 275.

⁵ Tekinalp, Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 636.

nitelikteki kullanımlarını engelleyemez⁶. Yani başka bir deyişle madde metni markanın üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen mal ve hizmetlere ilişkin tanımlayıcı ve açıklayıcı ifadelerin marka sahibi tarafından engellenemeyeceğini belirtmektedir. Bahsi geçen kullanım türü markasal kullanım olmayıp tasviri amaçlı kullanımlardır. Öte yandan dürüstlük kuralına aykırı düşmeyen markasal kullanımlar için nasıl bir uygulama olacağı madde metninde düzenlenmemiştir. Yani bir oto tamircisinin tamir ettiği araçların markalarını kullanmaksızın reklam yapması düşünülemez⁷. Maddedeki bu eksikliğin temel nedeni ise m. 12'nin kaynağından eksik alınmış olmasıdır. Hükmün kaynağı 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/104/AET sayılı “Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hukuki Hükümlerinin Uyumlaştırılmasına Dair Konseyin Birinci Yönergesi” nin 6. Maddesidir⁸. Metin aynen şöyledir:

“1. Endüstriyel ya da ticari konularda dürüstçe kullanıyor olması koşuluyla, marka, sahibine bir üçüncü kişinin ticaret sırasında aşağıdakilerin kullanımının yasaklanmasını talep etme hakkını vermez:

a) kendi adı ya da adresi,
 b) malların üretilmesinin veya hizmetlerin sunulmasının zamanı, türü, kalitesi, miktarı, kullanım amacı, değeri, coğrafi kaynağı veya bunların diğer özellikleriyle ilgili işaretler;

c) özellikle aksesuarlar ya da yedek parçalar gibi bir ürün ya da hizmetin kullanım amacının gösterilmesinin gerekli olduğu hallerde marka⁹.”

Bu hükmün Türk Hukukuna aktarılması sırasındaki eksiklik m. 12 ile kıyaslandığında açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Çünkü markanın üçüncü kişiler tarafından tasviri amaçla kullanılmasının önünü açan a ve b fıkraları alınırken, dürüstlük kuralına aykırı olmayan markasal kullanımlar için uygulanacak olan c fıkrası alınmamıştır. Ancak her ne kadar c fıkrasının Türk Hukukuna alınmaması eksiklik olsa da, madde metni hem doktrinde hem Yargıtay kararlarına geniş yorumlanarak bu problem aşılmıştır¹⁰. Metindeki “...mal veya hizmetlerle ilgili...kullanım amacı...veya diğer

⁶ Nomer, Markanın 3. Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-Audi Örneği, Prof. Dr. Ergin Nomer' e Armağan, İstanbul 2002, Sayı 2 s. 1126.

⁷ Yasaman, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt I, İstanbul, Ekim 2004, s. 522.

⁸ www.ab.gov.tr/files/ceb/.../Fasil7/3200810095.doc.

⁹ www.ab.gov.tr/files/ceb/.../Fasil7/3200810095.doc.

¹⁰ Tekinalp, Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması, s. 636. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.” ifadesi de geniş yorumlanmaya müsait olup, markanın dürüst uygulamalara aykırı olmaması koşuluyla markasal kullanımın önünü açmaktadır¹¹. Bu sayede oto yedek parçası veya aksesuarları satan, oto tamirciliği yapan işletmelerin reklam tabelalarında hedef markayı taşıyan araçların markalarını kullanması marka sahibince engellenemeyecektir¹².

Dürüst uygulamalara aykırı olmayan markasal kullanımın sınırını, ticari ve sınai alanlardaki dürüstlük teamüllerine uygun kullanım koşulu oluşturmaktadır¹³. Bu dürüstlük bazen Medeni Kanun m. 2’ deki dürüstlük kuralı ile karıştırılmaktadır. Bu karışıklığın asıl sebebi MarKHK’ sına yapılan yanlış aktarımdır. Mehz yönergede ‘ ticari ve sanayideki uygulamalara aykırı düşmedikçe’ denilerek genel dürüstlük kuralı değil, ticaret ve sanayideki teamüller kastedilmiştir. Ancak MarKHK m. 12 ise hatalı bir biçimde “dürüst ve ticari ve sınai konularla ilgili olmalı” şeklinde düzenlenerek, hem “dürüstlük” ve “ticari ve sınai” konularını içermesini iki ayrı şart gibi saymış hem de dürüstlük kuralını MK. m. 2 ile karıştırılacak biçimde hükme yansıtmıştır¹⁴. Bu hükmü ticari ve sınai alandaki dürüst uygulamalara aykırı olmayan kullanım diye düşünmek, hem mehz kanuna hem de hükmün amacına göre daha uygun bir yorum olacaktır.

MarKHK m.12 de belirtildiği üzere tescilli bir marka, ad veya adres olarak, sıfat veya zarf olarak mal ve hizmetlerin cinsini, kalitesini, miktarını, değerini, coğrafi kaynağını, üretim veya sunulmuş zamanını veya diğer niteliklere ilişkin betimleme ve açıklama yapmak amacıyla, üçüncü bir kişi tarafından marka olarak kullanılabilir. Birkaç örnek verecek olursak: “Hacı Şakir” markası sahibi, ortaklarından birisi olan birisi “Hacı Şakir Zamanlı” olan ve sabun imalatı ile uğraşan bir kollektif ortaklığın, “Hacı Şakir Zamanlı ve Ortakları Kollektif Şirketi” ünvanını almasına karşı çıkamaz¹⁵. Diğer bir örnek ise yapıştırıcı markası olan “404” ün sahibi, üçüncü bir kişinin adresinde geçen “404. cadde” şeklindeki şirket adresini belirten kullanımı engelleyemeyecektir. Bu konuda verebileceğimiz bir diğer örnek ise oto tamirciliği işi ile uğraşan ve yetkili tamirci olmayan bir tamircinin,

¹¹ Arkan, Marka Hukuku, Cilt II, Ankara-1998, s. 133.

¹² Tekinalp, Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması, s. 634.

¹³ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası 2012, s. 452.

¹⁴ Tekinalp, Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Kullanılması, s. 640.

¹⁵ Tekinalp, Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Kullanılması, s. 634,635.

yaptığı hizmetle ilgili Wolkswagen, Mercedes markalarını reklam veya tabelasında doğrudan doğruya kullanabilecek olmasıdır.

III - Tali Unsur – Asli Unsur Ayrımı

Üçüncü kişi markayı kullanırken ticari ve sınai konularda dürüst uygulamalara aykırı olmayan şekilde kullanması gerekir. Örnek olarak bir otomobil tamircisi tamir ettiği araçların markasını reklam tabelasında belirli sınırlamalar dahilinde kullandığında ve bu marka ile aralarında bir bağ izlenimi oluşturmadığı takdirde bu kullanım MarKHK m. 12 anlamında ticari ve sınai konularda dürüst uygulamalara aykırı olmayan kullanım olacaktır. Eğer üçüncü kişi dürüst uygulamalara aykırı bir biçimde markayı kullanmaya kalkarsa, MarKHK’sı m. 12 hükmünün korumasından yararlanamayacak ve MarKHK’sı m. 61 uyarınca marka hakkına tecavüz söz konusu olacaktır. Örneğin bir otomobil yedek parça satıcısı, satacağı araçlara yönelik parçaların reklamında hedef marka ile kendi işletmesi arasında bir bağ “yetkili servis”, “bayı” veya “yetkili satıcı” gibi bir izlenim oluşturduğu takdirde işte burada dürüst uygulamalara aykırı bir kullanım olacaktır ve m. 12’nin koruması dışında kalacaktır. Belirtilen örnekte yedek parça satıcısı, işletmesinin reklam ve duyurularında kendi ticaret ünvanından ve işletme adından ziyade, markasal kullanımda bulunduğu tescilli markaya, logoya, renklere aynen orijinalindeki gibi yer vermesi, ticari teamüllere aykırı olabilecek, aynı zamanda tescilli tanınmış markadan faydalanmak istediği anlamına gelebilecektir¹⁶.

Yargıtay kararlarında, üçüncü kişiler tarafından tescilli markanın m.12 çerçevesinde dürüst uygulamalara aykırı olmayan kullanımını tespit etmek için asli unsur-tali unsur ayrımı yapılmaktadır¹⁷. Yüksek Mahkeme, markanın yanında işletme adının veya ticaret ünvanının reklam, tabela ve broşürlerde yazım, şekil, renk ve boyutla ön plana çıkarılmasını, bu sayede işletme adının esaslı unsur ya da asli unsur olarak kullanılmasını şart kılmaktadır. Tescilli marka ise ön planda olmaması şartıyla, tali unsur olarak reklam veya tabelada kullanılabilir. Burada üçüncü kişi tescilli markayı kullanırken, müşterinin zihninde yetkili bayi veya yetkili satıcı gibi bir izlenim uyandırmamak için tali unsur olarak yani geri planda kullanmalıdır. Bu gibi bir kullanıma izin verilmesinin sebebi ise yapılan hizmet tü-

¹⁶ Taylan, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001, s. 64.

¹⁷ Yasaman, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 524.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

rünün veya satılan malların hangi markadaki ürünlere yönelik olduğunun tespitinin müşteri tarafından reklam ve tabeladan anlaşılabilmesidir. Daha anlaşılabilir olması sebebiyle vereceğimiz örnek şudur: “Renault” marka otomobillerin tamirini yapan Yılmaz usta, reklam ve tabelalarında “Yılmaz Usta-Renault Oto Tamircisi” ifadesini kullanabilecektir. Görüldüğü üzere “Renault” markası ön planda asli unsur olarak değil, sadece verilen hizmetin hangi tür araçlara yönelik olduğunu belirtmek maksadıyla tali unsur olarak kullanılmıştır. Markanın üçüncü kişi tarafından asli unsur olarak reklamda, tabelada, broşürde, kartvizitte, belgede veya daha değişik işyeri ile ilgili malzemelerde kullanılması m.12 kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ayrıca bu durum hem MarKHK’ sına göre markaya tecavüz hem de TTK’ ya ise haksız rekabet oluşturacaktır.

IV- Örneklerle Maddenin Yorumu ve İlgili Yargıtay Kararları

MarKHK m. 12 markanın sahibine sağladığı mutlak ve tekel hakkına istisna getirmiştir¹⁸. Bu sayede üçüncü kişiler markayı, mal veya hizmeti nitelirken veya doğrudan doğruya kullanabileceklerdir. Yalnız şu noktayı önemle vurgulamak gerekir ki m. 12 marka hakkının istisnası olması sebebiyle, “istisnalar dar yorumlanır” ilkesi göz önünde bulundurularak düşünülmelidir¹⁹. Aksi halde üçüncü kişileri marka sahibinden daha fazla korumuş oluruz. Bu durum ise hem adaletsiz sonuç doğurur hem de maddenin sevk amacına ters düşer.

M. 12’de belirtilen “dürüstçe ve ticari veya sınai konularıyla” ilgili olma kavramı, bu hükmüm uygulanması için kullanımın, hem dürüstçe hem de ticari veya sınai konularında olması gerektiği gibi bir zorunluluk anlaşılıyor. Her iki şartın ayrı ayrı sağlanması gerektiği zorunluluğu varmış gibi algılanıyor. Yanlış aktarmanın sonucu bu şekilde kaleme alınan hüküm mehzazında geçtiği gibi ticari ve sınai konularda dürüst uygulamalara aykırı olmama şeklinde algılanmalıdır. Ayrıca markayı kullanan üçüncü kişi, kullanım sırasında markanın bilinirliğinden fayda sağlamayacak bir biçimde kullanıma özen göstermelidir²⁰. Üçüncü kişi bu kullanımda markayı orijinal hali ile kullanmaktan yani markanın orijinal yazı karakteri,

¹⁸ Çolak, Türk Marka Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 500.

¹⁹ Oytaç, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Nobel Kitabevi, 2002, s. 181.

²⁰ Karan, Kılıç, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, Kasım 2004, s. 284.

boya ve renk uyumu, logo kısaca tasarımı ile kullanmaktan azmi ölçüde imtina etmelidir. Çünkü kullanım, bir bütün olarak orijinal tasarıma ne kadar çok benzerse dürüst uygulamalara aykırılık iddiası o kadar kuvvetlenecektir ve sonuç olarak markaya tecavüz gerçekleşecektir.

M. 12’de “mal veya hizmetlerin...diğer niteliklere ilişkin açıklamaları” demek suretiyle, mal veya hizmetin niteliğini belirten, tasvir eden, açıklayan ifadelerin üçüncü kişiler tarafından markasal kullanımı, marka sahibi tarafından engellenemeyecektir. Otomotiv sektöründe sıkça karşılaşılan bir durum: yedek parça satan ve oto tamiri yapan işletmelerde, reklam veya tabelada otomobil markasının yanına birtakım ekler yapılmasıdır. Bu konuyla ilgili Yargıtay’ın verdiği bir kararda, Ford markasının otomobillerine yönelik yedek parça satışı yapan satıcı, bu yedek parçaların ambalajında “FOR FORD PARTS” ve “FOR FORD MOTOR” biçiminde yazılar kullanmıştır. Burada önemli olan satıcı bu yazıları, davacı Ford markasının orijinal renk, logo ve tasarımıyla aynı şekilde kullanmıştır. Yerel mahkeme burada satıcının eyleminin MarkHKK m.12’nin sınırlarını aştığını, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluştuğuna karar vermiş ve Yargıtay’da bu kararı onamıştır. Burada m. 12’nin sınırlarını aşan eylem, satıcının sattığı yedek parçaların Ford otomobillerine yönelik olduğu mesajını verirken amacını aşması, orijinal Ford markasının yazım biçimini, logosunu, rengini aynen kullanmasıdır²¹.

Konuyla ilgili İsviçre Federal Mahkemesi’nin 30 Ocak 2002 tarihli kararı şöyledir:

Volkswagen AG ve Audi AG, arabalarını İsviçre’de AMAG aracılığıyla piyasaya sürmektedir. Bu konuda resmi temsilcilik 1965 tarihinde imzalanmış, 1996 tarihinde son bulmuştur. Bu tarihten sonra AMAG, markaları resmi levhalardan kaldırmış ancak garajın çatısında kullanmaya devam etmiştir. Davacılar, davalıların “VW” ve “Audi” işaretlerini iş yerlerini nitelemek amacıyla işletme adının bir parçası olarak ve her türlü ticari evrak ve reklamında kullanılmasının yasaklanmasını talep etmişlerdir. Mahkeme şu gerekçeyle: Bir işletme sahibinin orijinal markalı ürünleri piyasaya arz etmek veya orijinal markalı ürünlerle ilgili tamir ve servis hizmetlerinin reklamını yapmak amacıyla başkasına ait markayı kullanması, yaptığı reklam açıkça kendi hizmetleri ile ilgili olmak kaydıyla, marka

²¹ Çolak, s. 507.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

hakkını ihlal etmez. Herkes kendi mal ve hizmet satımlarını tasvir amacıyla üçüncü kişilerin markalarını içeren ifadeler kullanabilir. Yani reklamın kendi hizmetleri ile ilgili olduğunun açıkça belirtilmesi ve halkta, reklam yapan ile marka sahibi arasındaki irtibat konusunda yanlış intiba oluşmaması şartıyla, üçüncü kişilere ait bir markanın reklamlarda kullanılmasının hukuka uygun olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca garaj üzerinde kullanılan markalar makul olarak nitelendirilebilir çünkü hem orijinal "Audi" yazım tarzından hem de üst üste duran "V" ve "W" harflerinden farklıdır. Bu gerekçelerle davalının kendi işletme faaliyetleri yerine, davacının markası için reklam yaptığı veya marka ile kendi işletmesi arasında mevcut olmayan bir bağ, ilişki hakkında halkı yanılttığı intibaiden bahsedilemez. Bu gerekçelerle davalıyı haklı bulmuş ve markaya tecavüz olmadığına karar vermiştir²².

Konuyla ilgili örnek olarak bir bilirkişi raporu şöyledir:

Davacı Renault ve OYAK arasında bir anlaşma ve lisans sözleşmesi akdedilmiştir. Sonrasında Renault ve OYAK, Mais Motorlu Araçlar İmal ve Satış A.Ş. ile dağıtım ve ihracat sözleşmesi imzalamış, Mais'de buna dayanarak Türkiye'de bazı şirketleri yetkili satıcı tayin etmiş ve sadece bunların Renault marka orijinal yedek parça ürünlerini satmasına ve tamir yapmasına izin vermiştir. Mais'in yetkili kıldığı firmalardan biri olan Açıkkel Otomotiv'in yetki sözleşmesini feshetmiş ve Açıkkel Otomotiv buna rağmen Renault markasını tanıtıcı reklamlarında kullanmaya devam etmiştir. Bunun üzerine Mais A.Ş., Açıkkel Otomotiv'e haksız rekabet davası açmıştır. Bu durumda verilen ikinci bilirkişi raporu MarKHK'sı m. 12 ye vurgu yaparak, satıcılık sözleşmesi feshedilmiş olmasına rağmen, davalının diğer markalı otomobillerin yanı sıra Renault markalı otomobillerin tamirini ve bakımını yapmaya devam etmesi itibariyle markayı kullanma amacı olmaksızın, sadece sunduğu hizmetin reklamını yapmak gayesiyle "Renault" kelimesini ve bu markalı otomobillerin resmini kullanmasında markaya tecavüz olmadığı ve haksız rekabetin oluşmayacağı kanaatine varmıştır. Zira davalının yetkili servis ibaresini kullanmadığı, Renault servisi ibaresini kullandığı tespit edilmiştir. Öyleyse, her otomobil tamiri ve bakımı yapan atölyede tanınmış markalı araçların resimlerinin bulunması ve hangi markalı araçların onarımının yapıldığının tabelalarda ve kartvizit-

²² Nomer, s. 1121, 1122, 1123.

lerde belirtilmesi mutad kabul edildiği için, sadece sunulan hizmetin reklamını yapmak maksadıyla, otomobil markalarının, gerçek marka sahibi ile işletme sahibi arasında hukuki bir irtibat bulunduğu izlenimi yaratılmaksızın kullanılmasının haksız rekabet veya markalar kanuna aykırılık teşkil etmeyeceği aşıkâr olduğu sonucuna ulaşılmıştır²³.

Konuyu pekiştirmek adına görsel örnekler vermek gerekirse:



Görsel örneklerde anlaşıldığı üzere üçüncü kişiler “Renault” ve “Volkswagen” markalarını kendi işyerleri tabelalarında kullanmışlardır. Bu kullanım yalnızca markaya yönelik olmayıp aynı zamanda logoyu da

²³ Yasaman, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları II, Kasım 2005, s. 306, 311.

kapsamaktadır. Ayrıca her iki kullanımın, ilgili markalı araçlara yönelik tamir hizmeti ve parça satışı amaçlı ticari olduğu açıktır. Yine her iki markanın işletme tabelasında kullanımının asıl amacı, işyerinde ilgili markalı araçlara yönelik tamir hizmeti ve yedek parça satışı yapıldığının duyurulmasıdır. Her iki işletme sahibi de markayı birebir orijinali gibi kullanmaktan kaçınmış, marka sahibi ile aralarında yetkili servis veya satıcı imajı vermekten kaçınmışlardır. Mesela orijinal markaların renklerini kullanmamış, bu markaları ön plana çıkarmamışlardır. İşte bu durumda, her iki marka kullanımının da, markanın üçüncü kişiler tarafından dürüst uygulamalara aykırı olmayan kullanım kapsamında olduğu, yani MarKHK'sı m. 12 korumasından faydalanacağı açıktır. Kıyas açısından yetkili "Volkswagen" ve "Renault" servislerinden de birer aşağıdaki gibidir. Diğer örneklerin yazı karakterleri, logoyu kullanım biçimleri ve renkleri büyük farklılıklar göstermektedir.



MarKHK' sı m. 12' de belirtildiği üzere tescilli bir markanın üçüncü bir kişi tarafından kendi "ad veya adresi" olarak kullanımı marka sahibi

tarafından engellenemeyecektir. Örnek olarak ismi Mehmet Kolcuoğlu olan ve Adanalı olan birisi, kendi ismini açtığı herhangi bir mal veya hizmet mağazasında kullanabilecektir. Hatta meşhur “Adanalı Hasan Kolcuoğlu” lokanta hizmetlerinde faaliyet göstermesine rağmen, kendisi de Mehmet Kolcuoğlu olarak aynı sektörde kendi ad ve soyadını kullanabilecektir. Elbette ki bu kullanımın sınırı, ticari ve sınai teamüller içerisinde diğer markanın bilinirliğinden faydalanmamak için azami özen olacaktır. Yani isminin yanına başka ekler getirebilir yahut ismini büyük soy ismini daha küçük yazarak dürüstçe bir kullanım yaptığını ortaya koyabilir. Aynı şekilde diğer bir örnek ise, “Gaziantep Öner Güloğlu” ve “Gaziantep Önder Güloğlu” markaları birbirine benzeseler dahi, marka sahipleri kendi isimlerini ve isimlerinin yanına gelen herkes tarafından kullanılabilir “Gaziantep” şehri ismini kullandıkları için markalarının tescillerinde problem yaşamayacaklardır²⁴. Bu konudaki dürüst kullanımın sınırını aşan örnek ise soy ismi Mcdonald olan birisinin açtığı bir hamburgerci dükkana kendi ismini vermesidir. İste bu örnekte kişi herne kadar kendi adını işletme adı olarak kullansa da dünyaca ünlü ve markası tescilli “McDonalds” ın ününden faydalanacağı kaçınılmazdır. Bu ifadeyi işletmesinde kullanmasında zorunlulukta yoktur. Bu sebeple bu kullanım m. 12’nin korunması dışında kalacaktır²⁵. Adresle ilgili olarak “Uludağ Gazoz” markasının varlığına rağmen, üçüncü bir kişi kendi işyeri adresinde ya da reklamlarında adresine ... Uludağ/Bursa yazarak kullanabilecektir ve bu kullanım “Uludağ Gazoz” un marka sahibi tarafından engellenemeyecektir.

M. 12 kapsamında, markanın üçüncü kişiler tarafından diğer kullanım şekilleri “mal veya hizmetle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı” ile ilgilidir. Aslında MarKHK’sı m. 7 uyarınca mal veya hizmetlerin cinsini, kalitesini, miktarını, kullanım amacını, değerini, coğrafi kaynağını, üretim zamanını ve diğer karakteristik özelliklerini gösteren işaretler tescil edilemez²⁶. Ancak bu sayılanlar bir şekilde tescil edilmişse iste o zaman üçüncü kişilerin dürüst kullanımına m. 12 müsaade etmektedir. Yani marka üçüncü bir kişi tarafından, bir mal veya hizmetin cinsini, kalitesini, miktarını, kullanım amacını, değerini, coğrafi kaynağını, üretim veya sunuluş zamanını belirtilirken, açıklarken, tasvir edilirken kullanılabilir. Mesela ‘‘Duru’’ sa-

²⁴ Dericioğlu, Coğrafi İşaretler, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl:1 Sayı:3, s. 666.

²⁵ Tekinalp, Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Kullanılması, s. 642, 639.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

bun markasının varlığına rağmen, üçüncü bir kişi sunduğu ürünü belirtirken “Doğal ve Duru Su” diyerek suyun niteliğini açıklamak üzere bu kelimeyi kullanabilecektir²⁶. Yine örnek olarak üçüncü bir kişi tarafından satılan sütlü tatlıların cinsini belirtmek üzere kullanılan, hatta sattığı süt ürününü belirtmek üzere kullanacağı süt kelimesi, “Özsüt” markasının sahibi tarafından engellenemeyecektir. Yine üçüncü bir kişinin pazarladığı bir su ürününe yönelik kullanacağı “Uludağ’dan Gelen Doğallık” ibaresini, bu ifade doğru beyan olduğu müddetçe, “Uludağ Gazoz” marka sahibi engelleyemeyecektir. Bu konudaki Yargıtay kararına göre:

Davacı vekili, davalının müvekkili adına tescilli “S.” markası ile iltibas yaratacak şekilde aynı sektörde “C. S.” markası altında kağıt peçete üretimi yaptığını, “servis” markası adı altında üretim yapmayacağını...ileri sürerek markaya tecavüz fiilinin durdurulmasına, ürünlerin imhasına, ürünleri üretmeye yarayan vasıtalara el konulmasına ve hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Yerel mahkemece iddia, savunma toplanan kanıtlar ve dosya kapsamına göre bozmaya uyularak davacı markası ile davalının kullanımının karşılaştırılması sonucu davalının ürettiği kağıt peçetelerde bulunan “C. S.” isminin ambalajlarda kullanılmasının davacının tescilli “S.” markasına tecavüz oluşturduğunun tespitine, ambalajların toplatılmasına ve imhasına, hükmün ilanına, sair taleplerin reddine karar verilmiştir.

Yargıtay’ın dikkat çektiği konu: Davacının, tescilli “S.” markası ile iltibas yaratacak şekilde davalının ambalajlarında “C. S. PEÇETE” ibaresini kullanması nedeniyle açılan ceza davasında, bu şekli ile marka taklidi olarak değil, bir hizmet şekli, servis peçetesi gibi bir izlenim uyandırdığı gerekçesiyle beraat kararı verilmesidir. Ayrıca, Yargıtay yaptığı diğer değerlendirmede: 556 Sayılı KHK 12. maddesi gereğince “Dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunulmuş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.” O halde mahkemece, anılan düzenleme ile ceza mahkemesi kararı değerlendirilerek gerektiğinde uzman bilirkişilerden rapor alınmak suretiyle sonucuna göre karar verilmek gerekirken yazılı olduğu şekilde

²⁶ Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, s. 417.

eksik inceleme ve değerlendirme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir²⁷.

Yargıtay bu kararında haklı olarak yerel mahkeme kararını bozmuştur. Çünkü “Servis” olarak tescil edilen markayı, üçüncü bir kişinin kendi ürünlerinde “C. Servis Peçete” olarak kullanması, gerçekten de bir hizmet şekline, sunulan hizmetin niteliğini belirtmeye yöneliktir. Bu bakımdan üçüncü kişinin kullanımı MarKHK m. 12 kapsamında değerlendirilmeli, sanayi veya ticaretteki dürüst uygulamalara aykırı olmaması durumunda, bu kullanım marka sahibi tarafından engellenememelidir.

Bir diğer Yargıtay kararı şöyledir:

Dava konusu, davacının “creperie” ibareli 2002/6319 nolu markasının 29,30 ve 43. sınıflarda tescilli olduğunu ve bu ibarenin 18 yıldır müvekkilince hizmet markası olarak kullanıldığını, bu ibareyle piyasada tanındığını, davalının ise "galletta & creperie" ibaresiyle krep satışı yaptığını, bu ibareyi marka olarak tescil ettirmek için davalı başvurusunun TPE tarafından reddedildiğini, davalı kullanımının müvekkilinin marka hakkına tecavüz olduğunu ileri sürerek, müvekkilinin marka hakkına tecavüzün tespitine, karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin işletmesinde kullandığı “galletta & creperie” ibaresi ile davacı markasını benzer olmadığını, bu ibarenin gözlemeye verilen genel adlar olduğunu, davacı markasının cins belirttiği için 556 Sayılı KHK'nin 7/1-c maddesi uyarınca hukuki korumadan yoksun olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkeme, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davacı markasındaki ibarenin kullanımla ayırt edici hale geldiğine ilişkin yeterli delil bulunmadığını, ibarenin cins adı olmaktan çıktığının ispat edilmediğini, markada kullanılan Fransızca kelimenin Türkçedeki karşılığının” gözlemeci, krepçi dükkanı” olduğunu, cins belirten ibarelerin 556 Sayılı KHK'nin 7/1-c maddesi uyarınca marka olarak tescil edilemeyeceğini, “creperie” kelimesinin Türkçede krepçi olarak bilindiğini ve yaygın olarak kullanıldığından davacı markasının tescili mümkün değilken her nasılsa TPE tarafından tescil edildiğini, bu tescilin davacıya krep emtiası ve dükkanı için koruma sağlayamayacağını, ayrıca davalı kullanımının 556 Sayılı KHK'nin 12. maddesine uygun olduğunu ve ibareler genel intiba olarak

²⁷ Moroğlu/Kendigelen, İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 2014, s. 1482.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

birbirinden farklı olduğu için marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir.

Yargıtay ise: Tescilli bir markanın ait olduğu mal ve hizmetler bakımından sağladığı korumanın kapsamı ve sınırları 556 sayılı KHK'nın 1, 9 ve 14. maddelerinde etraflıca düzenlenmiştir. Hükümsüzlüğüne karar verilip, kesinleşinceye kadar, bir markanın tüm geçerli hukuki hakları marka sahibine sağlayacağı kuşkusuzdur. Somut olayda davacının markası aleyhine açılmış bir hükümsüzlük davası bulunmadığı halde davacının tescilli markasının sahibine hukuki koruma sağlamadığı yönündeki mahkemenin yazılı gerekçesi yerinde görülmemiştir.

Ayrıca, 556 Sayılı KHK.12.maddesi uyarınca, “Dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmalari koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez” şeklindedir. Bu düzenleme ile tescilli bir markanın, sahibinin iznine gerek olmaksızın, üçüncü kişiler tarafından, anılan maddede öngörüldüğü şekillerde kullanılmasına imkan vermiş olup, bu tür bir kullanımın ticari ve sınai alanda geçerli olan dürüstlük kurallarına aykırı olmaması gerekmektedir. Oysa somut olaydaki davalı kullanımı bu madde kapsamı dışında bizatihi markasal kullanım olduğu dosyaya ibraz edilen belgelerden anlaşıldığı halde mahkemece yazılı şekilde davalı kullanımının 12. maddeye uygun olduğunun kabulü de yerinde görülmediğinden kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır²⁸.

Bu karar kanımızca tartışmaya açık bir karardır. Çünkü yerel mahkemenin de belirttiği gerekçe olan davacının tescilli “Creperie” markası, kullanımla ayırt edici hale gelmediğinden ve sunulan bir hizmetin türünü veya cinsini belirttiğinden, davalının “galletta & creperie” ibaresini kullanımını m. 12 kapsamında korunmalıdır. Eğer “Creperie” markası, “Selpak” ya da “Vileda” markaları gibi kullanımla ayırt edici hale gelseydi²⁹, bu markalar gibi ürünü tanımlayıcı, tasvir edici olmalarına rağmen, üçüncü kişilerin kullanımları m. 12 kapsamında değil, m. 61 kapsamında markaya

²⁸ www.kazanci.com

²⁹ Çağlar, Marka Hukuku Temel Esaslar, Ekim 2013, s. 62.

tecavüz olarak değerlendirilecekti. Yani bir marka ürün cinsini belirtiyor olsa ve kullanımla ayırt edici hale geldiyse artık o marka ürünün cinsini belirtmesine rağmen MarKHK' sı koruması kapsamındadır³⁰.

Bir diğer Yargıtay kararı şöyledir:

Davacı vekili, müvekkilinin "PROGESTAN" ibareli markasının tescil edildiğini ve "Progestan Yumuşak Kapsül 100 mg" preparatın 1993 yılında Sağlık Bakanlığı'ndan alınan ruhsat ile satışa sunulduğunu, davalının ise ithal ettiği "Cyclogeset 200 mg ve 400 mg Vaginal/Rektal Ovil" adlı preparatlarını tanıtım için bastırıldığı broşürlerde müvekkiline ait markayı izin almaksızın kullandığını ve müvekkili ilacı ile davalının ithal ettiği ilacın eşdeğer olduğu yönünde gerçek dışı yanıltıcı ifadeler kullandığını, bu durumun müvekkilinin marka hakkına tecavüz oluşturduğunu ileri sürerek karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, broşürün eczanelere yönelik olarak hazırlandığını ve aktif maddedeki muadillğe işaret edildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, bilirkişi raporuna mahkemece itibar edilmediği, broşürdeki bilgilerin ilaç konusunda bilgisi olmayan halk kitlesinden oluşan tüketici yanıltmasının söz konusu olmadığı zira tüketicinin reçetesiz olsa dahi en azından eczaneye danışarak ilaç aldığı ve teknik bilgiye

sahip eczacıların da bu broşür ile yanıltılmış olmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay ise: Mahkemece itibar edilmediği açıklanan uzman bilirkişi raporunda da açıklandığı üzere taraflarca satışı yapılan ilaçların etken maddeleri "progesteron" olup, aynı etken maddeyi içermelerine rağmen kullanımlarındaki format farkı ve madde miktarları açısından taraflarca satılan ilaçlar eşdeğer değildir.

Ayrıca, davaya konu broşürde yer alan "aktif madde muadili" şeklinde bir ifadenin de farmakokinetik tanımlar içerisinde yer almadığı da konusunda uzman bilirkişi raporuyla belirlenerek, "muadil" kelimesinin broşürü okuyan kişiyi yanıltıcı bir ifade olduğu belirtilmiştir.

Bu durumda mahkemece; davacı adına tescilli marka olan "progestan" ibaresinin davalı tarafça kullanılan broşürde yer almasının 556 sayılı

³⁰ Yasaman, Tanınmış Markaların Tespiti, İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Temmuz 2007, s. 173.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Kanun Hükmünde Kararname'nin 12. maddesi kapsamında iyiniyetli bir kullanım olarak kabulü de mümkün görünmediğinden davalı eyleminin davacının marka hakkına tecavüz oluşturduğunun kabulüne karar verilmesi gerekirken, aksi yönde karar verildiği sebebiyle davacı yararına bozulması gerekmiştir³¹.

Bir diğer ilgili Yargıtay kararı da şöyledir:

Davacı vekili, müvekkili şirketin Türk Patent Enstitüsü nezdinde 41. hizmet sınıflarında 97/181845 numarası altında tescilli MISS University of Turkey, Euroasia, Europe, World markasının sahibi bulunduğunu, MISS University of Turkey and World isimli yarışma düzenlemek için bir çok üniversite ve ajanslarla görüşmelere başladığı sırada davalıların da böyle bir organizasyon yapmak üzere yazılı ve görsel medya imkanları ile açıklamalar yapması üzerine müvekkili şirketin telafisi imkansız zararlara uğradığını ve bu sebeple 2006 yılı organizasyonunu iptal ettiğini, davalıların müvekkili adına tescilli markayı sanki kendilerine ait imiş gibi göstererek izinsiz olarak kullandıklarını bunun da marka haklarına tecavüz teşkil ettiğinin tespiti ile tecavüzün önlenmesine ve kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalılar; müvekkillerinin davacının markasını kullanmadıklarını, müvekkilleri tarafından kullanılan "World Miss University Turkey" markasının da davacı markası ile aynı olmadığını ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir.

Yerel Mahkemece iddia, savunma, dosyadaki kanıtlara göre, "MISS University of Turkey, Euroasia, Europe, World" markasının 97/181845 marka numarası altında 41. hizmet sınıfında eğitim hizmetleri, eğlence hizmetleri, eğlence ve eğitim amaçlı yarışma organizasyonları hizmetleri alanında davacı taraf adına 8.4.1997 tarihinde tescil edilmiş olduğu, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (Marka tescilinden doğan hakların kapsamı) kenar başlıklı 9 uncu maddesinde marka hakkının kapsamı, (Marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisna) kenar başlıklı 12 nci maddesinde ise bu hakkın kapsamının istisnaları gösterilmiş olup, bu istisnalardan birisi de dürüst ve ticari ve sınai konularla ilgili olarak markanın 3 üncü kişilerce kullanılabilmesi olduğu, davalının kullandığı ibarenin "World Miss University Turkey" şeklinde olup, davacının tescilli mar-

³¹ www.legalbank.net

kasının aynısı olmadığı gibi kullanım 556 sayılı KHK'nın 12. maddesinde belirtildiği şekilde verilen hizmetin cinsini gösteren bir kullanım olduğu, zira davalının tertiplemeyi düşündüğü güzellik yarışmasının sadece üniversite öğrencilerin aday olabileceği bir yarışma olup, yarışma adı İngilizce lisanındaki ifade ediliş tarzı ile belirlendiği, güzellik yarışmalarının İngilizce lisanındaki anlamı ile düzenlenmesi ülkemizde yaygın bir kullanım olup, davalının kullanımının iyi niyetli olmadığı da ispatlanamadığı gerekçeyle davanın reddine karar verilmiştir.

Yargıtay ise: “Davalı taraf uyuşmazlık konusu ibareyi düzenlediği güzellik yarışması organizasyonu hizmetinin cinsinin belirtilmesi veya diğer niteliklerinin açıklanması amacıyla değil, kendisi tarafından sunulan hizmetin diğer teşebbüslerce sunulan aynı ya da benzer nitelikteki hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamak amacıyla gerçekleştirdiği, bir başka deyişle söz konusu ibareyi 556 sayılı KHK'nin 12. maddesi kapsamında kalan bir açıklama olarak kullanmaktan ziyade tescilsiz marka olarak doğrudan hizmeti tanıtıcı işaret olarak kullandığı anlaşılmaktadır.” diyerek hükümü davacı lehine bozmuştur³².

Yargıtayın bu verdiği karar da kanımızca tartışmaya açıktır. Öyle ki yerel mahkeme verdiği kararda, üçüncü kişinin kullandığı “World Miss University Turkey” ibaresinin davacının tescilli markası “MISS University of Turkey, Euroasia, Europe, World” markası ile aynı olmadığını belirtmiştir. Ayrıca davalının kullandığı ismin, düzenlemek istediği güzellik yarışması hizmetini belirtmek, tanımlamak için kullandığı, dolayısıyla bu kullanımın m. 12 kapsamında olduğunu belirtmesi çok yerindedir. Yargıtay'ın, yerel mahkemenin ve hatta bilirkişi raporlarının aksine, davalının kullanımının m. 12 kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermesi gerçekten tartışmaya değerdir.

Nitekim bilirkişi raporunda da belirtildiği üzere: “A- Davacı markası ile davalının kullanımı arasında “Miss”, “World” ve “University” kelimelerinin ortak olduğu, bu kelimelerin, davacının markasının tescilli olduğu 41. Sınıf bakımından markaya ayırt edicilik vasfı verebilecek nitelikte kelimeler olmadığı, söz konusu kelimelerin aynı zamanda dünya çapında üniversiteler arası güzellik yarışmaları alanında hiç kimsenin tekeline bırakılmayacak ibareler olduğu: B- Davacı adına 181845 sayıyla tescilli

³² www.legalbank.net

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

“miss university of taç şekli+Turkey(Türkiye), Eurasia(Avrasya), Europe(Avrupa), World(Dünya)” ibarelerinden kombine olan markası ile davaların kullandıkları ve 41. hizmet bakımından ayırt edici olmayan ibarelere ortalama tüketici gözüyle bakıldığında, aralarında karıştırılmaya sebebiyet verebilecek nitelikte bir benzerliğin mevcut olmadığı: C- Davalıların söz konusu kullanımlarının 556 s. KHK m. 61 hükmü uyarınca marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılmıştır³³.”

Kanımızca bilirkişi raporu çok isabetli bir şekilde, marka olarak tescil edilen kelimelerin bir kişinin kullanımına terk edilemeyeceğini ve söz konusu kelimelerin davalı olan üçüncü kişi tarafından kullanımının, hizmetin türünü belirtmeye yönelik olduğu, dolayısıyla m. 12 kapsamında olduğu, isabetli bir şekilde ortaya konulmuştur.

Bir diğer Yargıtay kararı, tescilli “LYCRA” markasını, “%...LYCRA ihtiva eder” şeklinde kullanan davalı üçüncü kişinin bu kullanımının markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu iddiasına ilişkindir... LYCRA sözcüğü iplik ismi anlamında genel bir ifade olsa da marka olarak tescil edilmiştir ve iptal ve terkin edilene kadar sahibine MarKHK’sı koruması altındadır. Davalının faturalarında belirttiği belli oranda “LYCRA” ihtiva eder demesi ve aynı şekilde belli oranlarda “Polyester” ve “Viskon” ipliklerini içerir demesi iplik niteliğini belirtmeye yönelik kullanımlardır. Bu yönüyle davalının kullanımı üretimde kullanılan ipliği açıklamak ve niteliğini belirtmeye yöneliktir. Bu kullanım türü m. 12 kapsamında korunan bir kullanımdır dolayısıyla markaya tecavüz söz konusu değildir³⁴.

V- Sonuç

MarKHK’ sı m. 12’nin sosyal hayatı düzene koymakta üstlendiği göre yadsınamaz. Aksi takdirde marka olarak tescil edilen bir işaret sahibinin mutlak egemenliğinde olacaktı ki bu adaletsiz sonuçlar doğururdu. Bu hükmün getirdiği istisnai durumları geniş yorumlamamak adaletin diğer bir gereğidir.

Kendisi çok eski olmayan, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin uygulamasının ve anlaşılmasının, aynı doğrultuda mahkeme kararlarının belli bir düzene, sistematığe otur-

³³ 2009/9939 Sayılı Esas Nolu Davada Bilirkişi Heyeti Raporu.

³⁴ Yasaman, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 533.

ması epey zaman almış ve hala da sona ermiş değildir. Bu bağlamda iş y¼k¼ normalden fazla olan mahkemelerin doktrine, bilirkişi raporlarına daha çok itibar etmeleri daha adaletli kararlar vermelerini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih: Marka Hukuku, Cilt II, Ankara-1998.
- Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 16. bası, Ankara 2012.
- ağlar, Hayrettin: Marka Hukuku Temel Esaslar, Ankara 2013, Adalet Yayınevi.
- eker, Mustafa: Ticaret Hukuku, Adana 2012, Karahan Kitabevi.
- olak, Hasan: T¼rk Marka Hukuku , İşstanbul 2014, XII Levha Yayınları.
- Dericioğlu, Kaan: Coğrafi İşaretler, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl:1 Sayı:3.
- Karan, Hakan & Kılıç, Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, Turhan Kitabevi.
- Moroğlu & Kendigelen: İçtihatlı - Notlu T¼rk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, İşstanbul 2014, XII Levha Yayınları.
- Nomer, N. F¼sun: Markanın 3. Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve VW-Audi Orneği, Prof. Dr. Ergin Nomer' e Armağan, İşstanbul 2002, Sayı 2.
- Oytaç, Kutlu: Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Genişletilmiş İkinici Baskı, 2002, Nobel Kitabevi.
- Poroy / Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, 12. bası, İşstanbul 2012, Vedat Kitapçılık.
- Taylan, Esin Çamlıbel: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001, Seçkin Kitabevi.
- Tekinalp, Ünal: Fikri M¼lkiyet Hukuku, 5. Bası, 20012, Beta Yayım.
- Tekinalp, Ünal: Markanın Üç¼nc¼ Kişi Tarafından Kullanılması, Prof. Dr. Oğuz İmreg¼n'e Armağan, İşstanbul 1998.
- ¼lgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan: Ticari İşletme Hukuku, İşstanbul 2006, Vedat Kitapçılık.
- Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt I, İşstanbul, Ekim 2004, Vedat Kitapçılık.

Yasaman, Hamdi: Tanınmış Markaların Tespiti, İstanbul Barosu Dergisi Fikri ve Sınai Haklar Özel Sayısı, Temmuz 2007.

Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku ile İlgili Makaleler Hukuki Muta-
laalar Bilirkişi Raporları II, İstanbul, Kasım 2005, Vedat Kitapçılık.

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA (CONFISCATION WITHOUT EXPROPRIATION)

Araş. G3r. / Res. Asst. Dilek KARADEMİR*

ÖZET

Kamulaştırmasız el atma bir kamu t3zel kişisinin yani idarenin, 3zel m3lkiyette bulunan bir taşınmazı kamulaştırma işlemi yapmaksızın işgal etmesidir. Kamulaştırmasız el atma kavramı hukukumuzda girdiğinden bu yana tartışılan konular; genel olarak kişinin sadece tazminat davası mı yoksa el atmanın 3nlenmesi davası da mı aŐabileceĐi; kişinin idareye karşı aŐacaĐı davalarda herhangi bir zamanaşımı olup olmadığı, b3yle bir zaman sınırlaması konulup konulamayacağı ve son olarak da kamulaştırmasız el atma kavramına nelerin dahil olduğu ve hangi yargı kolunun (adli yargı- idari yargı) g3revli olduğu meseleleridir. Bu makalede, kamulaştırmasız el atmaya ilişkin bu ilgili yargı kararları ve kanun d3zenlemeleri dikkate alınarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırma, kamulaştırmasız el atma, kamu t3zel kişisi, idare, taşınmaz.

ABSTRACT

Confiscation without expropriation is the invasion of private real estate by a public legal entity- an administrative office, without expropriation. Since this notion has entered into the Turkish law, several issues regarding this notion have been discussed: May only a natural person bring a claim for damages may he also bring a mandatory injunction suit against the administration? Is there any statute of limitations for these claims? May any statute of limitations be imposed for initiating such

* Yeditepe 3niversitesi Hukuk Fak3ltesi, Medeni Usul ve İcra – İflas Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: dilek.karademir@yeditepe.edu.tr

claims? What is included in this notion? This paper examines such questions on the matter by analyzing relevant court decisions and legislation.

Keywords: *Confiscation without expropriation, expropriation, public legal entity, administration, real estate.*

GİRİŞ

Mülkiyet hakkı, hak sahibine ilgili eşyayı kullanma, eşyanın semerelerinden faydalanma ve eşya üzerinde tasarruf işlemleri yapma yetkisi veren mutlak bir ayni haktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (“AİHS”) Ek Protokol 1 m.1 ile de evrensel anlamda koruma altına alınan mülkiyet hakkı, 1982 Anayasası (“AY”) m.35 ile güvence altına alınmıştır. AY m.46’da ise, özel mülkiyette bulunan mallara devlet ve kamu tüzel kişilerinin ancak malın bedelini peşin ödeyerek kamulaştırma yaptıktan sonra el atmalarına izin vermiştir. Kamulaştırmaya ilişkin meseleler ise 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’nda düzenlenmiştir.

İdare bazen kendisine verilen yetki ile kamulaştırma yapma işlemini gerçekleştirmeden, bir takım eylem ve/veya işlemler sonucu kişinin mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini kullanmasını engelleyebilir, sınırlandırabilir veya ortadan kaldıracaktır. İşte, kamulaştırmaz el atma da bir kamu tüzel kişinin yani idarenin, özel mülkiyette bulunan bir taşınmazı kamulaştırma işlemi yapmaksızın işgal etmesidir. İdarenin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza kamulaştırmaz el atması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne, Anayasa’ya aykırıdır; dolayısıyla hukuka aykırı bir fiil oluşturur.

Kamulaştırmaz el atma şu şekilde tanımlanabilir:

“Kamulaştırma yetkisine sahip bir idare, Anayasa ve yasalara uygun bir işlem oluşturmaksızın, bir kimsenin taşınmaz malına el koyar ve onun üzerinde bir tesis veya bina yapar yahut imar planında o taşınmaz malı bir hizmete tahsis ederek mal sahibinin taşınmazı üzerinde dilediği gibi kullanma hakkına karşı herhangi bir girişimde bulunursa, idare taşınmaz mala kamulaştırmaz el koymuş sayılır.”¹

¹ Ali Arcaç, Kamulaştırmaz Elkoyma ve Yeni Hükümler, (1987), s. 23.

Kişinin bu haksız fiil karşısında kendisini idareye karşı koruması için ne yapılması gerektiği ise öncelikle yargı içtihatlarında tartışılmış daha sonra mevzuata girmiştir. Ancak konu hem idareyi dolayısıyla kamu yararını hem özel hukuk kişisini dolayısıyla bireysel yararı ilgilendirdiği ve konunun özü mülkiyet hakkının aynına dayandığı için özellik arz etmektedir.

Kamulaştırmасız el atma kavramı hukukumuza girdiğinden bu yana tartışılan konular; genel olarak kişinin sadece tazminat davası mı yoksa el atmanın önlenmesi davası da mı açabileceği; kişinin idareye karşı açacağı davalarda herhangi bir zaman aşımı olup olmadığı, böyle bir zaman sınırlaması konulup konulamayacağı ve son olarak da kamulaştırmасız el atma kavramına nelerin dahil olduğu ve hangi yargı kolunun (adli yargı-idari yargı) görevli olduğu meseleleridir.

Bu yazımızda genel olarak kamulaştırmасız el atma kurumu ve bu kurumdan kaynaklanan sorunlar, yargı kararları ve kanun düzenlemeleri de tarihsel bir sıralama içinde dikkate alınarak incelenecektir. Bunu yanında kamulaştırmасız el atma kavramına nelerin dahil olduğu ve görevli yargı kolu meseleleri özellikle tartışılacaktır.

KAMULAŞTIRMASIZ EL ATMA

Mülkiyet hakkı aynı hakların en önemli tipi; hukuk düzeninin eşya üzerinde kurulmasına izin verdiği hakimiyet haklarının en genişidir.² Mülkiyet hakkı, malike dilediği gibi tasarruf olanağı verdiği ve ona özgü olduğundan mutlak haklar arasındadır.³ Mülkiyet hakkı devamlı bir haktır. Malik hakkından istifade etmese bile zamanaşımına uğramaz ve hak düşürücü süreye tabi değildir.⁴

Mülkiyet hakkının malike sağladığı olumlu (aktif) yetkiler⁵ eşyayı kullanma hakkı (jus utendi), eşyanın mahsullerinden ve gelirlerinden yararlanma hakkı (jus fruendi) ve malda tasarruf etme hakkıdır.⁶ Malikin

² *Selahattin Sulhi Tekinay*, Eşya Hukuku, Cilt I, (3. Bası, 1978), s. 319.

³ Anayasa Mahkemesi, 29.12.1999, 1999/33 E., 1999/51K. (Kazancı).

⁴ *Tekinay*, age., s.325; *Ertaş*, age., s. 207.

⁵ *Şeref Ertaş*, Eşya Hukuku, (9.Baskı, 2011) s. 206.

⁶ *Tekinay*, age., s. 326.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

mülkiyet üzerindeki pasif (koruyucu) yetkisi ise hakkına yapılan her türlü tecavüze karşı koyma ve bu tecavüzlere ilişkin dava açma yetkisidir.⁷

Malikin mülkiyet hakkının sağladığı olumlu yetkilerden yararlanmaması hukuka aykırı bir biçimde müdahaleye maruz kalabilir. Bu müdahaleler sadece diğer özel hukuk kişileri tarafından değil kamu tüzel kişileri, yani idareler tarafından meydana getirilebilir.

Kamulaştırmaz el atmanın kaynağı da aslında, idarelerin, kamulaştırma, satın alma, trampa etme yollarını⁸ kullanmayarak, özel kişilerin taşınmazlarına yaptıkları kaynağını yasanın verdiği yetkiden almayan müdahaleler, el koymalardır.⁹ İdarenin ihtiyaç duyduğu taşınmazların mülkiyetini elde etmek yahut irtifak hakkı kurmak için belirtilen anayasal ve yasal kurallara göre hareket etmek yerine, bilerek ya da bilmeyerek, hiçbir yasa kuralına dayanmadan da kişilerin mülkiyet hakkına el koyduğu (el attığı) görülmektedir.¹⁰

Kamulaştırmaz el atma ile kamulaştırmanın, konu, amaç ve yetki yönüyle benzer yönleri bulunmaktadır; her iki müessesenin de oluşması için, kamulaştırma yapmaya yetkili devlet kamu tüzel kişilerinin belirtilen müdahaleleri yapması gereklidir. Kamulaştırmaz el koymada da, kamulaştırmada olduğu gibi, taşınmazın edinilmesinde kamu yararının bulunması zorunludur. Gerek kamulaştırmanın, gerekse kamulaştırmaz el koymanın konusu sadece özel mülkiyette bulunan taşınmaz mallardır.¹¹

⁷ Ertaş, age., s.206; Malikin mülkiyet hakkına yöneltilen haksız bir müdahaleyi önlemek veya buna son vermek amacıyla açtığı davaya “el atmanın önlenmesi davası” denir. (Tekinay, age., s.332; Ertaş, age., s.208; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu,16.5.1956, 1956/1 E. 1956/7 K.(Kazancı)); Malikin açacağı el atmanın önlenmesi davası, mülkiyet hakkından kaynaklandığı için aynı niteliktedir ve süre ile sınırlandırılmamıştır. (Tekinay, age., s. 332; Ertaş, age., s.208-209; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu,16.5.1956, 1956/1 E. 1956/7 K.(Kazancı)).

⁸ Bekir Yıldırım, Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, (2012), s.835.

⁹ “el koyma” kavramının mı “el atma” kavramının mı daha yerinde olacağı tartışmalıdır, bkz. Gürsel Kaplan, Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmaz El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar, TBB Dergisi 2012 (99), s.128.

¹⁰ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt: I, (6. Bası, 2008), s. 1161-1162; Kaplan, agm., s.128; “Anlatılan durumu, aynı zamanda belli bir nicelik ve süreklilik de içerdiği için, “elkoyma” terimi daha iyi karşılamaktadır.” Kaplan, agm., s.128.

¹¹ Yargıtay HGK, 15.12.2010, 2010/5-662 E., 2010/651 K. (Kazancı).

İdarenin kişinin mülkiyetine el koymasının kamulaştırmatsız el atma sayılabilmesi için çeşitli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

❖ **El atma kamulaştırma yetkisine sahip bir idare tarafından yapılmalıdır.**¹²

❖ **El atma sahiplenme kastı ile yapılmalı ve devamlı olmalıdır.**

Geçici el koyma bu nitelikte değildir. Yapılan kamulaştırma kapsamının dışına çıkılması da kamulaştırmatsız el atmadır.¹³ Kamulaştırmatsız el koymadan söz edebilmek için, idarenin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaz mala sahiplenme amaç ve kastıyla hareket etmesi, yani malik veya zilyet gibi tasarrufta bulunması ya da taşınmazı hiç olmazsa belli bir süre sahibinin tasarrufundan alıkoyması gerekir.¹⁴ Dolayısıyla, idarenin bu nitelikte olmayan, yani ani ve geçici zarar verici tutum ve hareketleri fiili yol yahut haksız fiil değil, birer hukuka aykırı idari eylem olarak kabul edilerek onların tabi olduğu hukuki rejime tabi tutulacaktır.¹⁵

❖ **El atma fiilen veya hukuken olmalıdır.**

Taşınmaza fiilen el koymadan, tapu kaydına kamulaştırma şerhi konulması, el koyma niteliğinde değildir. Çünkü bu durumda idare taşınmaz üzerinde fiilen tasarrufa başlamamış, taşınmaz halen mal sahibinin tapulu mülkü olup, fiilen de kendi kullanımında bulunmaktadır.¹⁶ Fiili el atmadan kasıt taşınmazın doğrudan, bilfiil kamu yararı amacı ile kullanılmasıdır. Örneğin, kişinin tarlasının ortasından yol geçirilmesi fiili el atmadır. Türk hukukunda kamulaştırmatsız el atma denince akla gelen de fiili el atmadır.

¹² Kamulaştırma Kanunu m.2/1: “Bu Kanunun uygulanmasında; a) İdare: Yararına kamulaştırma hak ve yetkisi tanınan kamu tüzelkişilerini, kamu kurum ve kuruluşlarını, gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerini” ifade eder.

¹³ Yıldırım, age., s.837.

¹⁴ Kaplan, agm., s.128; “Bir taşınmaza kamulaştırmatsız el atıldığından söz edilebilmesi için, öncelikle idarenin, o taşınmaza eylemli olarak el koyup, malikin kullanımını, yasaya aykırı şekilde tamamen ortadan kaldırması ve bu durumun kalıcı olması şarttır. Eş söyleyişle idare, el koyma eylemini, o taşınmazı sahiplenme amaç ve kastı ile yapmış olmalıdır”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 15 Ekim 2004, 2004/5-561 E., 2004/717 K. (Kaplan, agm., s.129).

¹⁵ Kaplan, agm., s.129; “El koyma eylemi açıklanan nitelikte değil ve sadece geçici bir kullanım söz konusu ise, kamulaştırmatsız el koyma olgusu mevcut değildir. Bundan dolayı malikin bir zararı oluşsa bile, taşınmaz bedelinin istenilmesine hukuken olanak yoktur. Böyle bir durum, sadece ve ancak, uğranılan zararın tazminini başka hukuksal yol ve kavramlara dayalı olarak isteme olanağı verebilir.” Yargıtay HGK, 15 Ekim 2004, 2004/5-561 E., 2004/717 K. (Kaplan, agm., s.129).

¹⁶ Yıldırım, age., s.837.

Kamulaştırmaz el atma meselesinin hukukumuzda girmesi de fiili el atma üzerinden olmuştur ve bu kavram Türk hukukuna 16.05.1956 tarihli ve 1/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (“İBK”) ile girmiştir. Bu husus aşağıda ayrıntısı ile anlatılacaktır.

Hukuki el atma ise daha ziyade 3194 sayılı İmar Kanunu’na dayanılarak yapılan imar planlarında özel kişilerin taşınmazlarının kamu hizmetine özgülenmiş okul, park, yeşil alan vb. olarak ayrılmış olmasına rağmen bu planların uzun yıllar uygulamaya dökülmemesi ve bu taşınmazların kamulaştırılmaması sonucu malikin mülkiyet hakkının belirsiz süreli olarak kısıtlanmasının doğması halidir.¹⁷ Hukuki el atma Türk hukukuna Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun (“HGK”) 15.12.2010 gün ve 2010/5-662 E., 2010/651 K. sayılı kararı ile girmiştir. Türk hukukunda kamulaştırmaz el atma hususundaki güncel sorunlar hukuki el atmadan kaynaklanmaktadır. Mesele, imar planlarının hayata geçirilmemesinin kamulaştırmaz el atma sayılıp sayılmayacağı ve bu meseleye ilişkin davaların adli yargıda görülüp görülemeyeceği noktasında düğümlenmektedir. Bu mesele aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

A. Fiili Kamulaştırmaz El Atma

1. Genel Olarak

Fiili kamulaştırmaz el atma, idarenin, bir kişiye ait taşınmazı bilerek veya bilmeyerek kamulaştırmaya ilişkin usul ve kurallarına uymaksızın ve bir bedel ödemeksizin bilfiil işgal ederek kamu hizmetine tahsis etmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Bu eylemler, şeklen idareden sadır olmalarına rağmen eylemlerdeki ağır hukuksuzluk, bunların fonksiyonel açıdan idari eylem olma niteliğini ortadan kaldırmakta ve fiili yola dönüştürmektedir. Bu derece ağır hukuksuzluklar içeren fiiller, öteden beri idari eylem olarak değil haksız fiil olarak yorumlamakta ve uygulanmaktadır. Bu şekilde, idarenin hukuk dışı eyleminden kaynaklanan fiili el atmaların, özel kişilerin haksız fiil teşkil eden eylemlerinden hiçbir farkının bulunmadığı, bu

¹⁷ Yıldırım, age., s.838; bkz. İmar Kanunu m.10: “Belediyeler; imar planlarının yürürlüğe girmesinden en geç 3 ay içinde, bu planı tatbik üzere 5 yıllık imar programlarını hazırlarlar. ... Bu program içinde bulunan kamu kuruluşlarına tahsis edilen alanlar, ilgili kamu kuruluşlarına bildirilir. Beş yıllık imar programları sınırları içinde kalan alanlardaki kamu hizmet tesislerine tahsis edilmiş olan yerleri ilgili kamu kuruluşları, bu program süresi içinde kamulaştırırlar. ...”.

nedenle bu tip eylemlerden doğan zararların da fiilinden doğan zararlarda olduğu gibi adli yargıda dava konusu edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁸ Bu tür bir el koyma, idareden çıkmasına rağmen, hiçbir yasal dayanağı bulunmadığı ve tamamen usul dışı olduğu için aynı zamanda “*fili yol*” veya “*haksız fil*” olarak nitelendirilmektedir.¹⁹ İdarenin hukuk dışı bir davranışı, idarenin bir haksız fiili idarenin deyimiyile fiili yoldur. Böyle durumlarda idareye karşı açılan tazminat davalarının adli yargı görevine girdiği kabul edilmektedir.²⁰ İdarenin böyle bir yola gitmesi ile taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermeyeceği için istihkak davası açmaya gerek olmadığı el atmanın önlenmesi davası açılmasının yeterli olacağı söylenebilir.

2. Alelade Kamulaştırmasız El Atma ve Bayındırlık Eseri Oluşturarak El Atma

Fiili kamulaştırmasız el atma, Türk hukukunda ve Fransız hukukunda, iki alt başlıkta incelenebilir. Bunlar alelade kamulaştırmasız el atma ve bayındırlık eseri oluşturarak kamulaştırmasız el atmadır.

Eğer el atma sadece malikin yahut zilyedin gayrimenkulü üzerindeki haklarını kullanmasına engel olmaktan ibaret kalıyorsa bu alelade el atmadır. Buna en güzel örnek, idarenin uzun yıllar boyunca idareye ait inşaat malzemelerini bir özel kişinin tarlasına dökmesi ya da bir üniversite rektörlüğünün civar tarlaları üniversite yerleşkesine dahil etmesidir.²¹ Burada, taşınmaz üzerinde ona ayrılmaz bir bütün olarak bağlanarak kamu hizmetine tahsis edilmiş bir yapı bulunmamaktadır.²²

Bayındırlık eseri oluşturarak el atmada ise, idare özel kişinin taşınmazı üzerinde kamu hizmetine özgülenmiş ve taşınmaza bağlanmış olan

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, 25.092013, 2013/93E., 2013/101 K. (Kazancı).

¹⁹ A.Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt I, (6. Bası, 2008) s. 1161-1162; Kaplan, agm., s.128.

²⁰ A.Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt I, (4. Bası, 2006), s.1123; “...kamulaştırma hükümleri dışında davacının taşınmaz malına el atılması olayı idari bir eylem sayılmaz. ... İdarenin kanal açmak suretiyle haksız eylemi sonucu meydana gelen zarar (eski) Borçlar Yasasının 41. ve 51. maddeleri gereğince ödetilmesine ilişkin davaların adli mahkemelerde görülmesi gerekir.” Uyuşmazlık Mahkemesi, 12.12. 1970 E. 969/184, K. 970/326 (A.Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt I, (4. Bası, 2006), s.1124).

²¹ Kemal Gözler, İdare Hukuku, Cilt II, (2. Baskı, 2009), s. 991.

²² Kaplan, agm., s. 30.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

bir yapı meydana getirmektedir.²³ Bayındırlık eserleri kamu yararına tahsis edilmiş ve tabiatından değil, insan emeği sonucu ortaya çıkan taşınmaz niteliğinde yapılardır. Örneğin, yollar, köprüler, barajlar birer bayındırlık eseridir.

Bu iki tür fiili el atmanın önemi, özel kişinin idareye yöneltebileceği veya yönetmemesi gereken davalar bakımından ortaya çıkar. Doktrinde, basit bir haksız fiil yahut mülke tecavüz olan birinci tür el atmalarda malikin malını korumak ve geri almak için el atmanın önlenmesi ve haksız fiil tazminat davası gibi her türlü dava hakkı varken, ikinci tür el atmalarda ise bu kişilerin sadece tazminat yahut malın bedelini isteme hakkının var olduğu belirtilmektedir.²⁴ Çünkü kişi eğer müdahalenin men'i davası açar ve kazanırsa bayındırlık eserinin yıkılması söz konusu olacaktır.²⁵ Buna göre, ikinci durumda, adlî yargı hâkimi, tazminata karar verirken aynı anda, mülkiyetin idareye devrine de hükmeder.²⁶ Bu duruma *dolayısıyla kamu-laştırma* denir.²⁷ Yargısal kararın yerine getirilmesi, kamulaştırmaz el atma neticesinde inşa edilmiş bir bayındırlık eserinin yıkılmasını gerektirecekse, hâkim kararının gerekçelerini de göz önünde bulundurmak suretiyle söz konusu tesisin yıktırılmasının davacıya getireceği yarar ile kamunun ve üçüncü şahısların görebileceği zararı tartmak suretiyle karar vermelidir.²⁸

3. Fiili Kamulaştırmaz El Atma Meselesinin Türk Hukukundaki Gelişimi

Kamulaştırmaz el atma kavramı Türk hukukuna 16.05.1956 tarihli ve E. 1956/1, K.1956/6 sayılı İBK ile girmiştir. Karara konu olayda özel kişiye ait bir taşınmazın kamulaştırma yapılmaksızın yol olarak kamu hizmetine özgülenmesi söz konusudur. İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararında, usulüne uygun kamulaştırma yapılmaksızın ve bedeli ödenmeksizin taşınmazı yola dönüştürülen kişinin ilgili taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının, bu fiili durum dolayısıyla, hiçbir suretle sona ermeyeceği belirtilmiş

²³ İbid.

²⁴ *Gözler*, age., s. 990; *Kaplan*, agm., s. 130.

²⁵ *Gözler*, age., s. 993.

²⁶ *Kaplan*, agm., s. 131.

²⁷ *Gözler*, age., s. 993.

²⁸ *Kaplan*, agm., s. 134.

tir. Karar uyarınca, malik, taşınmazını yola çeviren kamu tüzel kişiliğine karşı her zaman el atmanın önlenmesi davası açmak hakkına sahiptir. Ancak yola dönüştürülme neticesi eskisi gibi yararlanma olanağı kalmayan, niteliği değişen taşınmazın maliki, el atmanın önlenmesi kararının yerine getirilmesinde güçlük ve hatta zorlukla karşılaşılacağından, mülkiyet hakkının ilgili idareye devrini kendiliğinden kabul ederek taşınmazın bedelinin tahsilini dava edebilir. Bu bedel, taşınmazın mülkiyetinin kamu tüzel kişisine devrine rıza gösterdiği tarih olan dava tarihindeki bedeldir. Fiili kamulaştırmasız el atma ile ilgili aynı tarihli diğer İBK’da ise usulüne uygun şekilde kamulaştırma yapılmaksızın taşınmazına el konulan malikin açacağı davaların zamanaşımına tabi olmayacağı belirtilmiştir.²⁹ Taşınmazın aynına ilişkin bu davaların görülme yeri adli mahkemeleridir.³⁰ Mülkiyet hakkı zamanaşımına uğramadığı gibi mülkiyet hakkının korunması için açılacak davalar içinde zamanaşımı söz konusu değildir. Bu nedenle, karar yerinde olmuştur.

Bu içtihadı göre bayındırlık eserinin kaderi taşınmazın malikinin ellerinde olduğu için doktrinde karar eleştirilmiş, bu içtihadın sadece alelade kamulaştırma için doğru olduğu belirtilmiş ve olayda bir bayındırlık eseri söz konusu ise sadece taşınmazın bedeline yönelik tazminat davası açılması gerektiği ileri sürülmüştür.³¹

Bu gibi durumlarda el atılan taşınmaz kamu hizmeti ile kaynaşmış olacaktır; çünkü üzerindeki bayındırlık eserleri kamunun yararlanmasına tahsis edilmiş oldukları için kamu malı niteliğini kazanmaktadırlar. Böyle durumlarda verilecek bir el atmanın önlenmesi kararı, söz konusu kamusal tesislerin yıktırılmasını veya kaldırılmasını ve dolayısıyla artık kendilerinden yararlanılamaması sonucunu doğurur ki, kamu yararı ve milli servetin korunması açısından bakıldığında böyle bir sonucu kabullenmek pek kolay olmasa gerektir.³²

Anılan İBK’lar ile hukukumuzda giren (fili) kamulaştırmasız el koyma kavramı, 6830 sayılı İstimlak Kanunu’nun yürürlüğe girdiği 09 Ekim

²⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 16.05.1956, 1956/1 E., 1956/7 K. (Kazan-
cı); Kaplan, agm., s. 134.

³⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 16.05.1956, 1956/1 E., 1956/7 K. (Kazan-
cı); Ayrıca bkz. Yargıtay 5. HD., 17.05.2012, 2012/ 3092 E., 2012/10080 K.; Hukuk
Muhakemeleri Kanunu m. 2.

³¹ Gözler, age., s. 996.

³² Kaplan, agm., s. 135.

1956 tarihinden sonraki olgular için söz konusudur. Çünkü bu tarihten önceki el koymalar, 05.01.1961 gününde kabul edilen 221 sayılı Amme Hükmi Şahıslar veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller Hakkındaki Kanun ile “kamulaştırılmış” sayılmıştır.³³ Mülkiyet hakkının ve bundan doğan müdahaleyi önleme dava hakkının zamanaşımına uğramayacağı ilkesini tamamen göz ardı ederek getirilen bu düzenleme meseleyi yalnızca geçmişe yönelik düzenlemiş 9 Ekim 1956 sonrası için bir düzenleme getirmemiştir.³⁴ Yani 9 Ekim 1956 sonrası için ilgili İBK’lar yürürlükte olmuştur.

Daha sonra 4 Kasım 1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu m.38, “Kamulaştırma yapılmış, ancak işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırma hiç yapılmamış iken kamu hizmetine ayrılarak veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmaz malın malik, zilyet veya mirasçılarının bu taşınmaz mal ile ilgili **her türlü dava hakkı yirmi yıl geçmekle düşer**. Bu süre taşınmaz mala el koyma tarihinden başlar.” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Fakat bu düzenleme çeşitli yönlerden aksaklıklar taşımaktadır. Çünkü, “her türlü dava hakkı” kavramına hangi davaların girdiği net değildir ancak “her türlü” dendiğine göre bu davalar el atmanın önlenmesi ve bedelin tazminine ilişkin davalar olsa gerektir. Diğer yandan, bir haksız fiil olan kamulaştırılmamasız el atmadan doğan tazminat davalarının zamanaşımı süresine tabi olabileceğini kabul etsek dahi; bütün dava haklarının yirmi yıllık bir hak düşürücü süreyle sınırlı tutulması zamanaşımına uğramayan bir hak olan mülkiyet hakkının aynına ilişkin olan el atmanın önlenmesi davasını da zamanaşımına tabi kıldığı için hukuka aykırıdır. Nitekim bu hukuka aykırı zamanaşımı süresinin uygulanması kaçınılmaz olarak hak kayıplarına yol açmıştır.³⁵ Buradaki amaç, açıktır ki, bu şekilde el atılan yerlerin bedelsiz bir şekilde idareye geçmesini sağlamaktır.³⁶

³³ Anılan Kanun m.1: “6830 sayılı İstimlak Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili amme hükmi şahsı veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır.”

³⁴ Diğer bir eleştiri için bkz. Kaplan, agm., s.136.

³⁵ Kaplan, agm., s.137; “Bu açık hüküm karşısında, idarenin el koyarak taşınmazı kamu hizmetine özgülemesi veya bir tesis yaptırma eyleminin üzerinden yirmi yıl geçmiş ise, artık tapu ile malik bile olsa, sahibinin her türlü dava hakkının düştüğü, kuşku ve durak-
YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

Bu düzenleme Anayasa Mahkemesi'nin, 10 Nisan 2003 tarihli ve 2002/112 E., 2003/33 K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.³⁷

Bu iptal üzerine, daha sonra, 18 Haziran 2010 tarih ve 5999 sayılı Kamulaştırma Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici m. 6 ile önemli birtakım yasal düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Getirilen düzenlemeye göre, "Kamulaştırma işlemleri tamamlanmamış veya kamulaştırması hiç yapılmamış olmasına rağmen 9/10/1956 tarihi ile 4/11/1983 tarihi arasında fiilen kamu hizmetine ayrılan veya kamu yararına ilişkin bir ihtiyaca tahsis edilerek üzerinde tesis yapılan taşınmazlara veya kaynaklara kısmen veya tamamen veyahut irtifak hakkı tesis etmek suretiyle malikin rızası olmaksızın fiili olarak el konulması sebebiyle," malik taşınmazın bedeline ilişkin "tazminat davası" açabilir. Malikin bu davayı açması bir süreyle kısıtlanmamıştır.

Maddenin lafzı net olmamakla birlikte, maddenin amacına uygun yorumu yapıldığında görülecektir ki, ilgili taşınmaz malikinin el atmanın önlenmesi davası açabilir; bu davayı açarsa kamu yararı olduğundan bahisle dava reddedilemez ve davacı istemediği sürece tazminat davası açmaya

samadan uzaktır." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 25 Mayıs 2005, 2005/5-288 E., 2005/352 K. (Kaplan, agm., s. 137).

³⁶ Kaplan, agm., s.138.

³⁷ "...İdare kendisine Anayasa tarafından tanınan olanak ve yetkileri Yasa'ya uygun bir biçimde kullanmaksızın taşınmaza el atarak kamulaştırma ilkelerine aykırı davranamaz. ... Anayasa'nın sınırlarını belirleyerek izin verdiği kamulaştırma yöntemini kullanmadan yapılan el atmalar, itiraz konusu kurala göre yirmi yıl geçtikten sonra yasal bir kamulaştırmanın bütünü sonuçlarını doğurmakta ve taşınmazın, idarenin adına tapu kütüğüne tescili ile sonuçlanabilmektedir. Bu ise anayasal dayanağı olmayan kamulaştırmasız el koymadır. Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikinin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlandırılması aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur. Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 13, 35 ve 46. maddelerine aykırıdır. ... hukukun evrensel ilkelere saygı duymak hukuk devleti olmanın gereğidir. Hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının "zaman ötesi" niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır. Bu nedenle, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu tarafından bir taşınmazın malik, zilyet veya mirasçılara tanınmış olan hakların, hak sahiplerince yirmi yıl boyunca kullanılmaması, o kimselerin taşınmazla aralarındaki ilişkiyi fiilen kestiğini göstermiş olsa bile, o taşınmazla aralarındaki hukuksal ilişkinin sona erdiği anlamına gelmez." Anayasa Mahkemesi, 10 Nisan 2003, 2002/112 E., 2003/33 K. (Kaplan, agm., s. 138).

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

zorlanamaz.³⁸ Ancak Yargıtay HGK verdiği bir kararda farklı bir yargıya varmış ve maddenin tarihi bakımdan uygulama alanını oluşturan 09.10.1956 ve 04.11.1983 tarihleri arasındaki fiili kamulaştırmamız el atma meselelerinde el atmanın önlenmesi davası açılmayacağı, sadece tazminat davası açılabilceği belirtilmiştir.³⁹ Mülkiyet hakkının özünden kaynaklanan ve hakkın koruması için TMK tarafından da düzenlenen malikin el atmanın önlenmesi davası açma hakkının yok sayılması, hakkın özüne dokunan bir ihlaldir.

Malik tazminat davası açmak isterse, dava açmadan önce malikin idareye “uzlaşma” başvurusunda bulunması gerekmektedir.⁴⁰ Geçici m.6/6 uyarınca, dava sonucunda verilecek olan tescile veya terkinine ilişkin hüküm kesin olup tarafların hükmedilen tazminata ilişkin temyiz hakkı saklıdır.⁴¹ Tazminat davası sonucu verilen tescil veya terkin kararının kanun yoluna götürülmesinin engellenmesi, hak arama özgürlüğüne aykırılık teşkil etmektedir. Her ne kadar bayındırlık eseri inşası sonucu kamulaştırmamız el atma durumunda bu hükümlerin yerinde olacağı düşünülebilirse de alelade kamulaştırmamız el atma hususunda yerinde bir düzenleme olduğu söylenemez. Kaldı ki maddede böyle bir ayırım da yapılmamıştır.

³⁸ Yıldırım, age., s. 845.

³⁹ Yargıtay HGK, 27.10.2010, 2006/5-489 E., 2010/539 K. (Kazancı).

⁴⁰ 5999 sayılı Kanun Geçici 6. madde gerekçesi: “Yargı yoluna gitmeyi mümkün olduğunca azaltabilmek maksadıyla, 4/11/1983 yılından evvel kamulaştırmamız el konulan taşınmazlar sebebiyle tazmin talebinde bulunulacak ise öncelikle uzlaşma yoluna gidilmesinin şart olduğu hususu birinci fıkrada hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, uzlaşma yoluna başvurulmaksızın dava açılmayacaktır.”; Uzlaşmaya başvurmayı dava şartı sayan ve uzlaşmaya gidilmeden dava açılması halinde davanın usulden reddedilmesi gerektiğini belirten karar örnekler bkz. 18. HD., 09.04.2013, 2013/2176E., 2013/5886 K.; 18. HD., 17.06.2013, 2013/9610 E., 2013/10606 K.; Bu hususa ilişkin eleştiriler için bkz. Kaplan, agm., s.143. Bu hükümde getirilen “uzlaşma” yolunun zorunlu olarak gidilmesi gereken bir yol olmadığı doğrudan da dava açılabilceği belirtilmiştir. (Yıldırım, age., s.836); aynı yönde bkz. “Uzlaşmak için idareye başvurma, dava şartı olmadığı gibi, taşınmaz maliki dava açmakla uzlaşmak istemediği yönündeki iradesini ortaya koymuştur. Bu itibarla işin esasına girilerek yapılacak inceleme sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği düşünülmeyen red kararı verilmesi doğru görülmüştür.” Yargıtay 5. HD., 09.04.2013, 2011/17580 E., 2011/20948 K. (Cemil Temel/Taner Özülkü, Uygulamada Kamulaştırmamız Davaları Kamulaştırmamız El Atma Davaları Hukuki El Atma ve Geçici İşgalden Doğan Tazminat Davaları, (3. Baskı, 2014), s. 497).

⁴¹ Eleştiriler için bkz. Kaplan, agm., s. 140.

Malik uzlaşmak için idareye başvurursa, artık sadece tazminat davası açabileceğine ilişkin geçici m. 6/6'da yer alan “*sadece*” kelimesi Anayasa Mahkemesi tarafından 01.11.2012 tarihinde iptal edilmiştir.⁴² Bu nedenle, kişi uzlaşmaya başvurursa da, uzlaşmaya varılamazsa el atmanın önlenmesi davası açabilir.

Geçici m.6/6 uyarınca, “*idare ve malik arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği veya ikinci fıkradaki sürenin uzlaşmaya davet olmaksızın sona erdiği tarihten itibaren üç ay içerisinde malik tarafından tazminat davası açılabilir.*” Burada belirtilen süre hak düşürücü süredir.⁴³

Geçici m.6/6 uyarınca, daha önceden kamulaştırmasız el koyma nedeniyle açtıkları tazminat davası, süre bakımından reddedilen kişilerin de tazminat davası açma hakları bulunmaktadır.⁴⁴

Maddede, tazminat tutarının nasıl hesaplanacağına ilişkin olarak Kamulaştırma Kanunu'nun taşınmazın bedeli ile ilgili düzenlemelerine atıfta bulunulduğundan, tazminattan maksadın gayrimenkulün bedeli olduğu anlaşılmaktadır; ama her iki terimin içerdiği ve kapsadığı maddi tutarların farklı olabilmesi de olasılık dâhilindedir. Bu nedenle, “*tazminat*” kavramı yerine “*gayrimenkulün bedeli*” teriminin kullanılmasının daha isabetli olacağı belirtilmiştir.⁴⁵

5999 sayılı Kanun'un önceki yasal düzenlemelere nazaran getirdiği bir değişiklik de, “*Bu madde uyarınca ödenecek olan tazminatın tahsili sebebiyle idarelerin mal, hak ve alacakları haczedilemez*” yolundaki kuraldır. Kural hiçbir ayırım gözetmeksizin idarenin her türlü mal, hak ve alacaklarının haciz yasağı kapsamına almıştır. Haciz yasağı bu denli geniş kapsamlı şekilde uygulandığı takdirde, uzlaşma veya mahkeme kararı üzerine hak sahibi lehine doğan tazminat alacağının tahsilinde ciddi güçlüklerle karşılaşılacağı söylenebilir. Zaten İcra ve İflas Kanunu m.82 uyarınca devlet malı haczedilemez. 5393 sayılı Belediyeler Kanunu m.15 uyarınca Belediyelerin haczi kabil yani özel hukuka tabi mallarının haczi de sıkı şartlara tabi tutulmuştur.⁴⁶ Bir de bu düzenleme kişinin idarelerden alaca-

⁴² Anayasa Mahkemesi, 01.11.2012, 2010/83 E., 2012/169 K. (Kazancı).

⁴³ Yıldırım, age., s. 836.

⁴⁴ Yıldırım, age., s. 837.

⁴⁵ Kaplan, agm., s. 142.

⁴⁶ Kaplan, agm., s. 144; Bkz. 5393 sayılı Belediyeler Kanunu m. 15. YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

ğını elde etmesini nerede ise imkansız kılmakta, idareleri de borçlarını ödemede savaştırmaya itmektedir. Maddenin yürürlük tarihi olan 30.06.2010'dan önce hüküm altına alınmış kamulaştırmaz el atma nedeniyle tazminat alacakları anılan madde kapsamında değildir, böyle bir alacağın tahsili amacıyla yapılan icra takipleri nedeniyle belirtilen bu hacze-dilemezlik yasağı uygulanmayacaktır.⁴⁷

Gerçekten de, “bu düzenlemenin genel olarak idareyi kamulaştırmaz el atma fiillerine teşebbüs etme konusunda cesaretlendireceği de söylenebilir. Böylece idarenin mal edinme yönteminin normal ve olağan usulü olan kamulaştırma usulü yerine bu usule daha sıklıkla başvurulması tehlikesi ortaya çıkabilir.”⁴⁸

25 Şubat 2011 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun geçici m.2 ile, 25 Şubat 2011 tarihinden itibaren *on beş yıl süreyle geçerli olmak üzere*; Kamulaştırma Kanunu geçici m.6 hükmünün, 4.11.1983 tarihinden sonraki kamulaştırmaz el koyma işlemlerine de uygulanacağı düzenlenmişse de, bu hüküm, 01.11.2012 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir.⁴⁹

Kamulaştırma Kanunu geçici m.6, 11 Haziran 2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6487 sayılı Bazı Kanunlar İle 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m.21 ile yeniden düzenlenmiştir. Belli hususlarda yukarıda geçici m.6’nın ilk hali ile ilgili bilgiler geçerli olmakla birlikte bazı önemli değişiklikler de söz konusudur.

İlk göze çarpan değişiklik; “*Kamulaştırmaz el koyma sebebiyle tazmin*” olan madde başlığı “*Kamulaştırılmaksızın kamu hizmetine ayrılan taşınmazların bedel tespiti*” şeklinde değiştirilmiş, madde metninde de “*bedel tespiti*” terimi kullanılmıştır. Bu değişikliğin sebebi, maddedeki bir başka değişikliktir; bu madde ile artık idareye de bedelin tespitine ilişkin

⁴⁷ Yargıtay 12. HD. 18.09.2012, 2012/20645 E., 2012/26827 K. (*Temel/Özülkü, age., s. 485*).

⁴⁸ *Kaplan, agm., s. 144.*

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, 01.11.2012, 2010/83 E., 2012/169 K. (Kazancı).

dava açma hakkı tanınmıştır.⁵⁰ Artık dava kamulaştırma bedelinin tespiti ve tescil davası görünümüne bürünmüştür.⁵¹

Diğer bir değişiklik ise “uzlaşma” hususunda yapılmıştır. Geçici m. 6’da belirtilen, tazminat davası açmadan önce uzlaşmaya gitme esasının dava şartı olup olmadığı maddenin ilk halinin uygulaması sırasında doktrinde ve yargı kararlarında tartışılmış ve bir birlik sağlanamamıştı. Yeni düzenlemede, uzlaşma yoluna başvurma artık açık kanun hükmü ile bir dava şartı haline getirilmiştir.⁵² Ayrıca, maddenin ilk halinde sadece tazminat davası açılacaksa, bu davadan önce uzlaşmaya gidilmesi esas iken; son haline göre “*mülkiyet hakkından doğan talepler, bedel talep edilmesi hâlinde bedel tespiti ve diğer işlemler*” gibi “*bu maddeye göre yapılacak işlemlerde*” uzlaşma dava şartı olarak belirlenmiştir. Yani artık, kanımca, el atmanın önlenmesi davası açmak için de öncelikle uzlaşmaya gidilmelidir. Doktrinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.114 uyarınca uzlaşmaya gidilmemesi sonradan giderilemeyecek bir usul eksikliği olduğu belirtilmiştir.⁵³ Kanımca, uzlaşmaya gidilmesi sonradan giderilebilecek bir dava şartıdır.

Uzlaşmaya başvurmak için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bu durum mülkiyet hakkının nitelikleri açısından yerindedir. Uzlaşma sağlanamaması halinde idare ve ilgili kişiye davanın açılması için yine uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği tarihten itibaren üç aylık bir süre tanınmıştır. Bu üç aylık süre yine hak düşürücü süredir.⁵⁴

Uzlaşmanın dava şartı olması ve üç aylık sürenin hak düşürücü süre olması durumlarının hak arama özgürlüğüne ve mülkiyet hakkının kullanımına engel olduğu gerekçesiyle ilgili hükümlerin iptali istenmiş ancak Anayasa Mahkemesi 1 Kasım 2012 tarihli 2010/83 E., 2012/169 K. sayılı kararı ile iptal talebini reddetmiştir.⁵⁵

⁵⁰ 6487 sayılı Kanun ile değişik Kamulaştırma Kanunu geçici m.6/6: “*İdare ve malik arasında uzlaşma sağlanmadığı takdirde, uzlaşmazlık tutanağının tanzim edildiği tarihten itibaren üç ay içinde malik veya idare tarafından bedel tespiti davası açılabilir.*”.

⁵¹ Temel/Özülkü, age., s. 477.

⁵² 6487 sayılı Kanun ile değişik Kamulaştırma Kanunu geçici m.6/1: “*Bu maddeye göre yapılacak işlemlerde öncelikle uzlaşma usulünün uygulanması dava şartıdır.*”.

⁵³ Temel/Özülkü, age., s. 479.

⁵⁴ Yargıtay 18. HD., 09.04.2013, 2013/2176E., 2013/5886 K. (Kazancı).

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi’nin gerekçesinden: “*Anayasa’nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiç-YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

İlk fıkra da belirtildiği üzere geçici m.6, 09.10.1956 ve 04.11. 1983 tarihleri arasındaki fiili kamulaştırmamız el atmalar için uygulanacaktır. 6111 sayılı Kanun geçici m.2, Anayasa mahkemesi tarafından iptal edildiği için, bu tarihten sonra ortaya çıkan kamulaştırmamız el atmalar hakkında hangi kuralların uygulanacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Bu mesele geçici m.6'nın son fıkrasında düzenlenmiştir. Maddenin son fıkrası uyarınca, 04.11. 1983 tarihinden bu son fıkranın yürürlüğe girdiği tarih olan 11.06.2013 tarihine kadar fiilen kamulaştırmamız el atılmış olan taşınmazlar için geçici m.6'nı yedinci, sekizinci ve on birinci fıkra hükümleri uygulanacaktır. Atıf yapılan fıkralar arasında uzlaşmanın dava şartı olduğunu düzenleyen fıkra bulunmadığı için 04.11.1983 ve 11.06.2013 tarihleri arasındaki kamulaştırmamız el atma durumlarında genel hükümler uygulanacak ve uzlaşmaya başvurmaksızın dava açılması mümkün olacaktır ve dava için de bir süre söz konusu olmayacaktır.⁵⁶

11.06.2013 tarihinden sonra da idarelerin fiili kamulaştırmamız el atma eylemini gerçekleştirmeleri söz konusu olabilir. Şu anda bu tarihten sonraki durumlar için herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir. Bu durumda uygulanması gereken hukuk kuralları bu konunun başında belirtilmiş olan İBK'lar ile ortaya çıkan genel kurallardır. Yani, 11.06.2013'den sonra meydana gelecek fiili kamulaştırmamız el atma durumlarında, ilgili taşınmazın maliki herhangi bir hak düşürücü süre yahut zamanaşımına tabi olmaksızın el atmanın önlenmesi davası veya taşınmazın bedelinin ödenmesi ve taşınmazın idare adına tescilini sağlama amacı

bir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. ... Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. ... Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz.... Hak arama özgürlüğü mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır. Diğer taraftan hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında bulunması hukuk devletinin unsurları olan hukuki istikrar ve hukuk güvenliği ilkeleri ile bağdaşmaz. Hem dava açmadan önce idareye başvuruda bulunmak zorunda olması hem de uzlaşmazlıkla sonuçlanması halinde dava açmak için getirilen 3 aylık sürenin hak arama hürriyetine ölçüsüz bir müdahale, hak aramayı aşırı derecede zorlaştıran ya da ortadan kaldıran, dolayısıyla hakkın özüne dokuna bir sınırlama olmadığı açıktır.”; Aynı yönde bkz. Yargıtay 18. HD., 17.06.2013, 2013/9610 E., 2013/10606 K. (Kazancı).

⁵⁶ Temel/Özülkü, age., s. 483.

ile tazminat davası açabilecektir. Bu davalar genel haksız fiil hükümlerine (6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu m.49 vd.) göre çözümlenecektir.

Hukuki kamulaştırmasız el atma davalarında görevli yargı kolu meselesi ile karşılaştırma yapmak amacıyla, fiili kamulaştırmasız el atmalara ilişkin davalarda görevli yargı kolunu ve görevli mahkemeyi bir kez daha vurgulamakta fayda var. Fiili kamulaştırmasız el atma davalarında görevli yargı kolu adli yargıdır ve görevli mahkeme de asliye hukuk mahkemesidir. 16.05.1956 tarihli 1956/1 E. ae 1956/6 K. sayılı İBK'da ve yeni tarihli bazı Yargıtay kararlarında da bu husus vurgulanmıştır.⁵⁷ Bunun sebebi öncelikle yukarıda uzun uzun açıklandığı üzere fiili kamulaştırmasız el atmanın idarenin bir haksız fiili olmasıdır.⁵⁸ Öte yandan davaların niteliği bu davaların adli yargı kolunda görülmesini gerektirir çünkü bu davalar mülkiyet hakkının aynından kaynaklanmaktadır. Kaldı ki bu davalar da taşınmazın idare adına tesciline karar verilmesi de gerekebilir ve bu türlü bir kararın adli mahkemelerde alınması gerekir. HMK m.2 uyarınca adli yargı kolunda genel yetkili mahkeme davanın değerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesidir. Fiili kamulaştırmasız el atmadan doğan davalarda da asliye hukuk mahkemesi görevlidir.⁵⁹

B. Hukuki Kamulaştırmasız El Atma

İdareler bazı durumlarda özel kişilerin taşınmazları üzerindeki mülkiyet haklarını, taşınmaza fiilen el atarak değil; yapılması gereken idari işlemleri yapmayarak ihlal ederler. AİHS ve AY ile korunan mülkiyet hakkına yönelik bu ihlallerin de ortadan kaldırılması ve malikin mülkiyet hakkını kanunlarla belirlenen çerçevede özgürce kullanmasının sağlanması gerekir. İşte hukuki el atma kavramı belirtilen şekilde gerçekleşen ihlaller sonucu AİHM'de, Türk Anayasa Mahkemesinde ve Yargıtay'da görülen davalarda ortaya çıkmış bir kavramdır.

⁵⁷ Yargıtay 5. HD., 17.05.2012, 2012/3092 E., 2012/10080 K. (Kazancı).

⁵⁸ Örneğin bkz. 5999 sayılı Kanun Genel Gerekeçe: "*Anayasada dayanağı bulunmayan ve "haksız fiil" olarak da nitelendirilen kamulaştırmasız el koyma suretiyle, temel insan haklarından olan mülkiyet hakkına müdahale edilmesi halinde, ilgili taşınmazın bedelinin Devletçe malikine ödenmesinin gerektiği tartışmasızdır.*".

⁵⁹ Öte yandan her ne kadar kamulaştırmasız el atma davaları kamulaştırma kanununda olmayan hatta hukuka aykırı işleminden doğduğu düşünülse de Kamulaştırma Kanunu m.37'nin görevli mahkeme yönünden fiili kamulaştırmasız el atmaya da kıyasen uygulanması gerektiği savunulmuştur. (*Temel/Özülkü*, age., s. 476).
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

Bu kavramın ortaya çıktığı ilk önemli dava, AİHM’de görülen *Sporrong ve Lönnroth v. İsveç*⁶⁰ davasıdır. Bu davada, davacı Sporrong’un taşınmazı üzerinde 23 yıl boyunca kamulaştırma izni kararı ve 25 yıl boyunca da imar yasağı geçerli olmuş ancak taşınmaz bir türlü kamulaştırılmamıştır. Davacı Lönnroth’un taşınmazı üzerinde ise 8 yıl boyunca kamulaştırma izni ve 12 yıl boyunca imar yasağı geçerli olmuştur. Davalılarının bu izin ve yasakları kaldırma amaçlı idareye başvuruları sonuçsuz kalmıştır. Davacılar uzun yıllar taşınmazları üzerindeki mülkiyet haklarının sağladığı imkanlardan yararlanamadıklarını, bunun da AİHS Ek Protokol 1 m.1’i ihlal ettiğini ileri sürerek dava açmışlardır. AİHM’e göre, dava konusu olayda, davacıların mülkiyet hakkı ortadan kalkmamıştır.⁶¹ Kanunlara uygun alınan ve uzatılan kamulaştırma izninin ve imar yasağının Ek Protokol m.1’e doğrudan uygun olduğu da kabul edilemez.⁶² AİHM’ye göre, kilit nokta, olayda kamu yararının sağlanması ile bireysel temel hakkın korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığıdır.⁶³ AİHM, bireylerin mülkiyet haklarından tam anlamı ile yararlanmalarının bu denli uzun süreler boyunca engellenmesi sonu bireysel hak ile kamu yararı arasındaki dengenin birey aleyhine bozulduğunu belirtmiş⁶⁴ ve AİHS Ek Protokol 1 m.1’in ihlal edildiğine karar vermiştir.

İşte bu dava ile idarenin kamulaştırma yapması gerekirken uzun yıllar bu idari işlemi yapmaması sonucu bireylerin mülkiyet hakkına fiilen değil ama hukuken ihlal etmesi ile hukuki kamulaştırmatsız el atma kavramı ortaya çıkmıştır.

AİHM’de görülen *Hakan Arı v. Türkiye*⁶⁵ davasında da hukuki el atma kavramı tartışılmıştır. Burada da davacının taşınmazı şehir imar planlarında okul alanı olarak belirtilmiş ancak usulüne uygun kamulaştırma işlemi yapılmadığı gibi davacıya imar izni de verilmemiş, davacı mülkiyet hakkını hukukun sağladığı çerçevede kullanamamıştır. AİHM burada da mülkiyet hakkının özüne yönelik bir kaybın söz konusu olduğunu ancak hakkın kaybolmadığını belirtmiştir. AİHM söz konusu bu durumun başvuru-

⁶⁰ AİHM, 23.09.1982, 7151/75-7152/75 (Kazancı).

⁶¹ AİHM, 23.09.1982, 7151/75-7152/75, para. 63.

⁶² AİHM, 23.09.1982, 7151/75-7152/75, para. 68.

⁶³ AİHM, 23.09.1982, 7151/75-7152/75, para. 69.

⁶⁴ AİHM, 23.09.1982, 7151/75-7152/75, para. 73.

⁶⁵ AİHM, 11.01.2011, 13331/07 (Kazancı).

ranın mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanması önünde engel teşkil ettiğini ve arazinin satış şansı da dahil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini hatırı sayılır ölçüde azalttığını belirtmiştir. Ayrıca başvuranın uğradığı kayıp hiçbir tazminat miktarı ile giderilmediğini tespit etmiştir. Sonuçta, AİHM'ye göre, başvuran kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan alışılmadık dışında ve ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda kalmıştır, bu nedenle Ek Protokol 1 m.1'in ihlal edilmiştir.⁶⁶

Türk hukukunda hukuki kamulaştırmasız el atma kavramı Yargıtay HGK'nın 15.12.2010 tarih ve 2010/5-662 E., 2010/651 K. sayılı kararı ile girmiştir. Bu tarihten önceki kararlarda kamulaştırmasız el atma dolayısıyla idare aleyhine el atmanın önlenmesi davası veya tazminat davası açabilmek için yukarıda belirtilen fiili et atmanın koşullarının gerçekleşmiş olması aranmış; örneğin salt imar planında taşınmazın okul alanında kalmasının kamulaştırmasız el atma sayılamayacağına ve bu durumun ilgili taşınmaz malikine dava hakkı vermeyeceğine karar verilmiştir.⁶⁷

15.12.2010 tarihli karar ile ise, HGK içtihat değişikliğine gidilmiştir. Bu kararda mülkiyet hakkının hukuken ihlalinin hukuki kamulaştırmasız el atmayı oluşturacağı ve bunun da ilgili taşınmaz malikine mülkiyet hakkından kaynaklanan davaları açma hakkı verdiği sonucuna varılmıştır. Karara konu olayda, davacı imar planında taşınmazının kısmen okul kısmen yol alanı olarak belirlendiğini, uzun yıllar kamulaştırma yapılmadığını, imar planı dolayısı ile de taşınmazından dilediği gibi yararlanamadığını iddia ederek kamulaştırmasız el atmadan kaynaklanan tazminat davası açmıştır. HGK kararının önemli noktaları şöyledir:

“1978 yılından bu yana değişen bütün planlarda temel eğitim (ilköğretim) alanında bulunan dava konusu taşınmaz amacına uygun olarak imar programlarına alınmamış, yatırımcı kuruluş olan davalı İstanbul İl Özel İdaresi Müdürlüğü'nce de kamulaştırılmamıştır. İlgili İdarelerin pasif ve suskun kalarak, amacına uygun işlem tesis etmemek suretiyle, davacı taşınmaz mal sahibinin mülkiyet hakkını, süresi belli olmayan bir sınırlamaya tabi tuttukları belirgindir. Bu cümleden olarak, imar planlarında okul alanı olarak tahsis edilmiş bulunan dava konusu arsa üzerin-

⁶⁶ İbid.

⁶⁷ Bkz. örneğin: Yargıtay HGK 31.10.2007, 2007/5-718 E., 2007/805 K.; 07.11.2007, 2007/5-805 E., 2007/826 K.; 05.12.2007, 2007/5-933 E., 2007/951 K. (Kazancı).
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

de davacının, ileriye yönelik inşaat yapma gibi kişisel tasarruflarda bulunma, rayiç değeri üzerinden satma, kiralama, yararlı değişiklikler yapma gibi, mülkiyet hakkının sahibine verdiği yetkileri kullanma hakkı kısıtlanmıştır. Buradan hareketle, imar planlarında uzunca bir süre okul alanı olarak tahsis edilmiş bulunan dava konusu taşınmazı kamulaştırmayarak veya takas yoluyla davacıya başka bir yerden taşınmaz veremeyerek pasif kalmak suretiyle tasarrufunu engelleyen davalı idarenin, Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerle, bireyin mülkiyet hakkına saygılı olduğundan söz edilemez. Dahası, böyle bir durumda idarece, kamu yararı savında bulunulamaz. Eş söyleyişle, imar planlarında okul gibi umumi hizmetlere ayrılan alanların yıllarca uygulamaya dökülmemiş olması ve bunun da süre gelen bir hal alması, ortada bir kamu yararının bulunmadığının kabulünü gerektirir. ...

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarenin, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf hakkını belirsiz bir süre için kullanılamaz hale getirdiği, dolayısıyla malikin taşınmazdan mülkiyet hakkının özüne uygun şekilde yararlanma olanağı kalmadığı, taşınmaz malikin mülkiyet hakkının hukuksal bir nedene dayanılmadan İdarece engellendiği kuşkusuzdur.

Bir kişinin taşınmazına eylemli olarak el atıp tamamen veya kısmen kullanılmasına engel olunması ile imar uygulaması sonucu o kişinin mülkiyetinde olan taşınmaza hukuken kullanmaya engel sınırlamalar getirilmesi arasında sonucu itibari ile bir fark bulunmamakta her ikisi de kişinin mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonucu doğurmaktadır.

Ancak, bundan da öte; uzun yıllar programa alınmayan imar planının fiilen hayata geçirilmemesi nedeniyle kamulaştırma ya da takas cihetine gitmeyen davalı İdarece, pasif ve suskun kalınmak ve işlem tesis edilmemek suretiyle taşınmaza müdahale edildiği; bu haliyle İdarenin eyleminin, mülkiyet hakkının özüne dokunan ve onu ortadan kaldıran bir niteliğe sahip bulunan kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığı için yeterli bulunduğu, her türlü izahtan varestedir.

Bu itibarla, kamulaştırmasız el koyma olgusunun varlığının doğal sonucu, İdarenin hukuka aykırı eylemiyle mülkiyet hakkı engellenen taşınmaz mal sahibi davacının, dava yoluyla kamulaştırmasız el koyma hü-

kümleri doğrultusunda mülkiyetin bedele çevrilmesini, eş söyleyişle idareden değer karşılığının verilmesini isteyebileceği açıktır."⁶⁸

AİHM kararları, Anayasa, ilgili İBK'lar ve genel kanuni düzenlemeler dikkate alındığında bu karar hukuk devleti ve hukuk güvenliği ilkesine ve mülkiyet hakkının özüne uygun bir karardır.

Görüldüğü üzere kamulaştırmatsız el atmadan bahsedebilmek için taşınmaza fiilen el koyma şartından vazgeçilmiştir. Buna göre hukuki kamulaştırmatsız el atma şu şekilde tanımlanabilir:

İdarelerin yaptıkları imar planları uyarınca kamu hizmetinde özgülenen taşınmazların İmar Kanunu m.10 çerçevesinde imar planının kesinleşme tarihinden itibaren üç ay içinde beş yıllık imar programları hazırlanarak, bu plan ve program dahilindeki kamu hizmetine tahsis edilmiş taşınmazlar ilgili kamu tüzel kişileri tarafından beş yıl geçmesine rağmen kamulaştırılmaz; buna karşın re'sen veya ilgililerin başvuruları üzerine taşınmaz imar planından da çıkarılmazsa, ilgili taşınmaz hukuki kamulaştırmatsız el atmaya maruz kalmış, malikin mülkiyet hakkı süresi belirsiz şekilde kısıtlanmış demektir ve bu durum ilgililere el atmanın önlenmesi davası veya taşınmazın bedeli olacak şekilde tazminat davası açma hakkı verir.⁶⁹

Yargıtay HGK'nın bu kararı üzerine idari yargıda da içtihat değişikliğine gidilmiştir. Bu konudaki en dikkat çekici karar Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 24.05.2012 tarihli, 2007/2255 E., 2012/801 K. sayılı kararıdır. Kararda, idarenin İmar Kanunu m.10'a aykırı şekilde beş yıl boyunca hareketsiz kalması, imar planlarının onaylanmasından itibaren beş yıl geçmesine karşın ilgili idarece kamunun kullanımına ayrılan taşınmazların kamulaştırılmaması durumunda, mülkiyet hakkının kullanımının belirsizliğe itildiği, dolayısıyla kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle de mülk sahiplerinin taşınmazın kamulaştırılması talebiyle yaptığı başvurunun reddi yönündeki idari işlemde hukuka uygunluk bulunmamış-

⁶⁸ Yargıtay HGK, 15.12.2010, 2010/5-662 E., 2010/651 K. (Kazancı).

⁶⁹ Bkz. Yargıtay 5. HD., 07.06.2011, 2011/448 E., 2011/9974 K. (Temel/Özülkü, age., s.557); Anayasa Mahkemesi de 25.09.2013 tarihli, 2013/93 E., 2013/101 K. sayılı bir kararında hukuki kamulaştırmatsız el atmaya "idarelerin kanunen yapması gereken kamulaştırma işlemlerini yapmamak biçiminde tezahür eden bir eylemsizliği söz konusudur." şeklinde tanımlamıştır. (Kazancı).

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

tır. Böylece idarelere başvuru yapılması halinde kamulaştırma yapma zorunluluğu getirilmiş yani bu kapsamda idarenin yargı kararı ile işlem tesisine zorlanmasının, artık idareyi işlem tesisine zorlayıcı nitelikte iptal kararı verilmesinin yolu açılmıştır.⁷⁰

Belirttiğimiz gibi hukuki kamulaştırmatsız el atma yargı kararları ile hukukumuzda girmiştir. Yukarıda görüldüğü üzere de hem adli yargıda hem idari yargıda, imar planlarında kamu hizmetine tahsis edilen yerlerin beş yıl içinde kamulaştırılmaması sonucu ortaya çıkan mülkiyet ihlalleri hukuki nitelikleri farklı değerlendirilerek incelenmiştir. Bu davalarda görevli yargı kolunun kim olduğu da tartışılmıştır. Adli mahkemelere göre bu ihlaller hukuki kamulaştırmatsız el atmadır, özünde –fiili kamulaştırmatsız el atmada olduğu gibi- idarenin haksız fiilidir ve bu haksız fiile dayanarak açılan mülkiyetin aynına ilişkin kararların verildiği davalar adli yargının görev alanına girmektedir.⁷¹ Diğer bazı kararlarda ise imar planları idari işlem olduğu için ve bu tür davalar imar planlarının uygulanması/uygulanmaması ile sıkı bir ilişki içinde oldukları için, anılan davaların idari yargının görev alanına girdiğini savunulmuştur.⁷²

Nitekim, ilgili taşınmaz maliklerinin adli yargıda açtıkları davalarda idareler görev itirazında bulunmuş, neticede olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılmış ve bu davalar pek çok kez Uyuşmazlık Mahkemesi'nin önüne

⁷⁰ Ayrıca bkz. Danıştay 6.D., 17.04.2013, 2011/8152 E., 2013/2702 K. (Temel/Özülkü, age., s. 560-561) “...davacıya ait parsellerin, imar planında kamunun kullanımı için yol ve otopark alanı olarak ayrılması nedeniyle bu parselde artık yapılaşmaya gidilemeyeceğinden, davacının tasarruf haklarının kısıtlandığının açık olduğu halde taşınmazın yol ve otopark olarak belirlenmesinin üzerinden beş yıldan fazla bir süre geçmiş olmasına karşın davalı idarece 5 yıllık imar programının hazırlanmadığı ve kamulaştırma yapılmadığı gibi taşınmazın kamulaştırılmasına yönelik davacı istemlerinin reddedildiği ve ne zaman kamulaştırma yapılabileceği konusunda davacıya herhangi bir bilgi de verilmediğinden davacıya ait parselin mülkiyet hakkından yararlanma olanaklarının kalmadığından bahisle davacının mülkiyet hakkının belirsiz bir süre ile kısıtlandığı ve bu kısıtlamanın idarece bir karar alınarak kaldırılmadığının sabit olması karşısında, taşınmaz malın değerinin hesaplanarak ilgisine ödenmesi dışında başka bir yol kalmamıştır.” Taşınmaz malın idarenin mülkiyetine nasıl geçirileceği konusuna gelince; anılan davanın tazminat içerikli olduğu için bir tam yargı davası olduğu açıktır. İşte tam yargı davasında hükmedilen tazminat bedeli taşınmazın idare adına tescili sırasında taşınmazın kamulaştırma bedeli olarak kabul edilecektir.”

⁷¹ Yargıtay 5.HD, 29.04.2013, 2013/3145 E., 2013/7988 K.; 13.12.2012, 2012/18054 E., 2012/19391 K. (Temel/Özülkü, age., s. 570).

⁷² Temel/Özülkü, age., s. 561.

gelmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi ise bu davalarda genel olarak idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir.

Örneğin, Uyuşmazlık Mahkemesi 09.04.2012 tarihli bir kararında şu şekilde karar vermiştir:

“...Olayda, imar planının uygulaması sonucu, uyuşmazlığa konu parsellerin imar planında park alanında kaldığı, uzun süredir park alanı olarak düzenleme yapılmadığı, kamulaştırılmadığı, taşınmazda inşaat yapma olanağı bulunmadığı; kamulaştırmaz el atma nedeniyle taşınmazın bedelinin ödenilmesi gerektiğinin iddia edildiği; davanın konusunun, davalı idarece 3194 sayılı Kanunu uyarınca kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade ile yapılan imar planlarında yeşil alan olarak yer alan davacı-lara ait taşınmazın bedelinin tazminine ilişkin bulunduğu anlaşılmiş olup, belirtilen duruma göre, imar planı ve buna dayalı imar uygulaması sonucunda uğranılan zararın tazminine yönelik bulunan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2/1-b maddesinde yer alan "İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları" kapsamında idari yargı yerince çözümlenmesi gerekmektedir.”⁷³

11.03.2012 tarihli diğer bir kararında Uyuşmazlık Mahkemesi uygulamaya geçirilmeyen imar planlarını kastederek şöyle bir hüküm vermiştir:

“... idari işlem ve eylemlerin hukuk düzeninde yaratmış olduğu etki ve sonuçların, “hukuki el atma” olarak nitelendirilmesine ve bu olumsuz sonuçlarla ilgili tazminat taleplerinin adli yargı yerlerinde açılacak tespit

⁷³ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 09.04.2012, 2011/238E., 2012/63K.; Benzer bir karar için bkz. “...mülkiyet hakkına getirildiği söylenen kısıtlamanın, taşınmazın malikleri yönünden zarar doğurucu sonuçlarının olabileceğinde kuşku bulunmadığı, ancak bu sonuç ya da sonuçların, genel ve düzenleyici nitelikte bir idari işlem olan imar planında taşınmazlara yönelik belirlemenin bu planda öngörülen kamulaştırma programlarının zamanında yapamamasından ve imar uygulamalarından; başka anlatımla da, idari işlemlerden ve davalı idarelerin imar planı gereği yapılması gereken kamulaştırmalar konusundaki hareketsizliği şeklinde ortaya çıkan idari eylemlerden kaynaklandığı; idari işlem ve eylemlerden doğan zararların tazmini taleplerinin ise, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 12 ve 13'üncü maddeleri uyarınca, İdari Yargı yerlerinde açılacak tam yargı davalarına konu edilmelerinin...” Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 03.02.2014, 2014/93 E.,2014/139 K. (Kazancı).

ve tazminat davalarına konu edilmelerine, hukuken olanak bulunmamaktadır.”⁷⁴

Ne var ki Uyuşmazlık Mahkemeleri'nin kararları sadece önüne gelen davalar açısından kesin hüküm teşkil ettiği için diğer mahkemelerin bu kararlara uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle eğer görev itirazı reddedilince davalı idare olumlu görev uyuşmazlığı çıkarmazsa, dava adli mahkemelerde görülmeye devam olunuyor ve adli yargıdan karar elde edilmiş oluyordu. Davalı idare görev uyuşmazlığı çıkardığında ise Uyuşmazlık Mahkemesi idari yargıyı görevli saydığı için, bu davalar idari yargıda görülüyor ve karara bağlanıyordu.

Bu karışıklığa son noktayı 6487 sayılı Kanun ile değiştirilen Kamulaştırma Kanunu geçici m.6/10'da getirilen “*Uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmî kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra idari yargıda dava açılabilir. Bu madde hükümleri karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş tüm davalara uygulanır. Kararı kesinleşen davalara ise, bu maddenin yalnızca sekizinci fıkra hükümleri uygulanır.*” hükmü koymuştur.

Bu tür ihlallerde açılacak davalarda artık idare mahkemeleri görevlidir. Hatta açılmış olan ve adli yargıda görülen henüz karar verilmemiş olan davalarda ve kararı kesinleşmemiş davalarda da idari yargı görevli olacaktır, bu tür derdest davalara bakan adli yargı mahkemeleri görevsizlik kararı verecektir.⁷⁵

Anayasa Mahkemesi de 6487 sayılı Kanun'la değişik Kamulaştırma Kanunu geçici m.6'nın çeşitli fıkralarının iptali talebi ile açılan davada imar planlarının uygulanmamasından kaynaklanan taleplerini hukuki nitelendirmesini yapmış ve idari yargının görevli olduğunu vurgulamıştır:

“...imar kısıtlamalarında taşınmaz zilyetliği malikte kalmaya devam etmekte olup yalnızca malikin tasarruf yetkisinin, ilgili mevzuattan kaynaklanan bazı kısıtlamalara maruz kalması söz konusu olmaktadır. Sonuç olarak, davacının taşınmazının imar planlarında 'dere mutlak koruma ala-

⁷⁴ Uyuşmazlık Mahkemesi, 11.03.2012, 2012/321 E., 2013/327 K. (Temel/Özülkü, age., s. 569).

⁷⁵ Yargıtay 5. HD, 28.10.2013, 2013/17495 E., 2013/17714 K. (Temel/Özülkü, age., s. 572).

ni'nda bırakılması nedeniyle tasarruf hakkının kısıtlanmasının kamulaştırmasız el atma olarak nitelendirilemeyeceği, bunun, idari bir işlem olan imar planlarının zorunlu bir sonucu olduğu ve tasarruf hakkının kısıtlanması sebebiyle doğan zararın ancak idari yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu edilebileceği sonucuna ulaşmaktadır.”⁷⁶

Bu düzenleme ile hukuki kamulaştırmasız el atma kurumu terk edilmiş ve hukuki kamulaştırmasız el atma olarak tanımladığımız idarenin haksız fiili, idari davaya konu olan herhangi bir idari işlem ya da eylem haline dönüşmüştür. Buna göre imar planında kamu hizmetine özgülünen fakat İmar Kanunu m.10 uyarınca belirlenen 5 yıllık sürede kamulaştırılmayan taşınmazın maliki, mülkiyet hakkına yönelik müdahaleden dolayı tazminat davasını idari yargıda İdari Yargılama Usulü Kanunu m.2/b uyarınca “tam yargı davası” olarak açacaktır. İlgili taşınmaz malikinin el atmanın önlenmesi davası açma hakkını hangi yargı koluna başvurarak kullanacağı ise belirsizdir.

C. Geçici m.6/10'un Yerindeliği Meselesi

Doktrinde bazı yazarlar, hukuki el atmanın mahiyetinin belirlendiğini ve hukuki güvence altına alındığını belirtmişlerdir.⁷⁷ Fakat kanımca, bu hükmün kanundaki yeri ve hükmün hukuken yerindeliği hala tartışmaya açıktır.

Bu hükmün de yer alması ile birlikte geçici m.6, içinde bulunduğu kanun gibi, torba bir madde olmuştur. Madde çeşitli zaman aralıklarını dikkate alarak fiili kamulaştırmasız el atmayı düzenlerken araya bu hüküm de sıkıştırılmıştır. Bu hüküm değerlendirilirken akla şu sorular gelmektedir: Madem artık bu tarz ihlaller kamulaştırmasız el atma kabul edilmeyecek, bu hükmün kamulaştırmasız el atmayı düzenleyen geçici m.6'nın içinde yer alması uygun mudur?

Eğer bu tarz ihlaller de kamulaştırmasız el atma kavramı içinde değerlendirildiği için bu madde kapsamına alındıysa, açılan davaların özü ve verilen kararların mülkiyet hakkının aynına dair olduğu dikkate alındığında, hukuken adli yargının görev alanına girmesi gereken bu tür davalarda kanun maddesi ile idari yargıyı görevli kılmamanın hukuk mantığı ve sistemi açısından amacı nedir?

⁷⁶ Anayasa Mahkemesi, 25.09.2013, 2013/93E., 2013/101 K. (Kazancı).

⁷⁷ Temel/Özülkü, age., s. 561.

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

İdari yargı kolu kanun maddesi ile görevli kılınmış olsa dahi acaba idari yargılama usulüne dahil olan davalar bu tür ihlallerde açılan davalar da verilen ve verilmesi gereken taşınmazın mülkiyetinin idare adına tescilli hükümlerinin verilmesini sağlamaya ehil midir? İdare mahkemesi taşınmazın mülkiyetinin idare adına tesciline hangi gerekçe ile karar verecektir?⁷⁸ Bu husus “mahkeme kararları ile idareler işlem yapmaya zorlanamaz kuralına aykırı” olmayacak mıdır?

Öte yandan, Kamulaştırma Kanunu m.37 uyarınca, kamulaştırma işleminde dahi görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi iken; burada idare mahkemelerinin görevli olması çelişki yaratmayacak mıdır?⁷⁹

⁷⁸ Bkz Danıştay 6. D., 17.04.2013, 2011/8152 E., 2013/2702 K. (*Temel/Özülkü*, age., s. 560-561).

⁷⁹ Geçici m.6/10 hükmüne dayanılarak adli yargının görevsiz olduğuna karar verilen Yargıtay 5. HD'nin 28.12.2012 tarihli, 2013/16048 E., 2013/19796 K. sayılı kararına yazılan bir muhalefet şerhinde bu durum şu şekilde dile getirilmiştir: “5999 ve 6487 sayılı Yasalarda düzenlenen ve Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici 6. madde bir tasfiye yasasıdır. 1956-1983 tarihleri arasındaki uyumsuzlukları düzenlemektedir. 6487 sayılı Yasanın metni 5999 sayılı Yasa ile aynıdır. Aynı olan metne eklemeler vardır. Her iki metinde de fiilen el atılan taşınmazlara ilişkin düzenleme getirilmektedir. 5999 ve 6487 sayılı Yasalar ile geçici 6. madde olarak yapılan Kamulaştırma Kanunu'na girdiğine göre 2942 sayılı Yasa'nın yetkili ve görevli mahkeme ve yargılama usulü başlığını taşıyan 37. maddesi “Bu Kanundan doğan tüm anlaşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesi gerekenleri, taşınmaz malın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemelerinde basit yargılama usulü ile görülür.” demektedir. O zaman bu yasada açıkça “idari yargıda görülür” şeklinde düzenlenmeyen uyumsuzluklar Adli Yargıda taşınmazın bulunduğu yer Asliye Hukuk Mahkemesinde görülecektir. 4650 sayılı Yasa ile değişik 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun, 09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihleri arasında, kamulaştırmaz el atılan taşınmazlar ile ilgili olarak açılacak davalarda uygulanacak usul ve esaslara ilişkin tasfiye hükümlerini içeren geçici 6. maddesinde, 11.06.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6487 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile “... uygulama imar planlarında umumi hizmetlere ve resmi kurumlara ayrılmak suretiyle veya ilgili kanunların uygulamasıyla tasarrufu kısıtlanan taşınmazlar hakkında, 03.05.1985 tarih ve 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemler tamamlandıktan sonra, idari yargıda dava açılabilir. Bu madde hükümleri karara bağlanmamış veya kararı kesinleşmemiş tüm davalarda uygulanır.” hükmü getirilmiş ise de sözü edilen geçici yasa hükmü, 09.10.1956 ile 04.11.1983 tarihleri arasındaki kamulaştırmaz el atmalarla ilgili olup, idari yargıda görülebilecek işleri de, 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen idari başvuru ve işlemlerle sınırlamıştır. Taşınmaz maliki, 3194 sayılı İmar Kanununa göre, idarenin yaptığı eylem ve işleme karşı idari yargılama usulü çerçevesinde, işlemin iptali için bir dava açabilecektir. Bu düzenleme taşınmaz bedelinin tahsiline dönük olarak açılacak davaların, idari yargıda görüleceği şeklinde bir hüküm içermemektedir. Bundan ayrı Anayasa Mahkemesinin 25.09.2013 gün ve 2013/93 esas, 2013/101 karar sayılı ilamı, Anayasanın 153. Maddesi kapsamında bir

İlgili taşınmaz maliklerinin genelde taşınmazın bedelinin tazmini ile taşınmazın mülkiyetinin ilgili idare adına tescilini talep ettikleri davaların idari yargıdaki görünümü geçici m.6/10 uyarınca tam yargı davası olacağı için bu davanın niteliğini incelemekte fayda vardır.

Tam yargı davası idarenin işlemlerinden, eylemlerinden, sözleşmelerinden zarar gören özel hukuk kişilerinin idareye açtıkları tazminat davasıdır.⁸⁰ İdarenin sorumluluğuna yol açan tutum ve davranışlar, yalnız olumlu olanlar değildir; olumsuz tutum ve davranışlar da idarenin sorumluluğuna yol açmaktadır. Bunu sağlamak için zımni ret kurumu geliştirilmiş ve İYUK m.10/2 de benimsenmiştir.⁸¹ İdari işlemlerde zararın doğabilmesi için, kararın alınmış olması, yalnız başına, her zaman yeterli değildir; buna ek olarak kararın uygulanması gerekmektedir. Demek ki, genellikle, tam yargı davasının açılabilmesi olanağı, ancak idari işlemlerin uygulama aşamasında ortaya çıkar. Çünkü zarar ancak idari işlem uygulanmaya başladıktan sonra ortaya çıkar. İdari işlemlerden dolayı, hakkı zedelenenler tarafından tam yargı davası açılabilmesi için, idari işlemin kesin yürütülebilir nitelikte bir işlem olması gerekir. Bu niteliği taşımayan idari işlemler tam yargı davasına konu olmazlar.⁸²

Geçici m.6/10'un uygulandığı yargı kararlarında, imar planlarının uygulanmaması sonucu kişilerin taşınmazları üzerindeki mülkiyet haklarına yönelik ihlallerin tam yargı davasına konu olması gerekliliğine gösterilen gerekçelerden birisi de imar planlarının idari işlem olması ve idari işleminden doğan zararlarda idari yargının yetkili olmasıdır. İmar planlarının idari işlem olduğu hususunda bir tereddüt yoktur. Ne var ki yukarıda verilen açıklama da dikkate alındığında imar planlarından zarar görenlerin idari yargıya gitmesi için öncelikle *kesin yürütülebilir* nitelikte ve daha da önemlisi *uygulanmış* olması gerekmektedir. Halbuki, hukuki el atma ola-

iptal kararı olmayıp, kurumları bağlayıcı nitelikte değildir. Bu durumda, kamulaştırma yapmaksızın suskun ve pasif kalmak ve işlem tesis etmemek veya eylemli olarak el atmak arasında, kullanmaya engel sınırlamalar açısından bir fark yoktur. Mülkiyet hakkının sınırlandırılması anlamında aynı sonuç doğmaktadır. Sonuç olarak ... taşınmaz bedelinin tahsili davaların(da) ... Kamulaştırma Kanununun 37. maddesi uyarınca adli yargının görevli ve yetkili olacağı ... gerekçesi ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum.” (Temel/Özülkü, age., s. 579).

⁸⁰ A. Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku, Cilt II, (3. Bası, 2008), s. 712.

⁸¹ İbid, s. 716.

⁸² İbid, s. 716.

rak nitelendirdiğimiz durum idari işlem olan imar planının uygulanmaması sonucu meydana gelmektedir. Bu nedenle geçici m.6/10'da bu tür davalarda idari yargının görevli kılınması yerinde olmamıştır.

İdari eylemler idari işlemlerin uygulama aşamasından ayrıdır. Bir idari işlem ya da bir idari sözleşmenin uygulanması durumunda olmayan, idarenin her türlü faaliyetlerinden yahut hareketsiz kalmasından, araçlarından, hayvanlarından, taşınır ve taşınmaz mallarından veya tesislerinden doğan zararları idari eylem kavramı içinde düşünmek gerekir.⁸³ İdari eylemlerden dolayı tam yargı davası açmak için ön karara gerek vardır. Yani öncelikle ilgili idareye başvurulmalı, eğer idare başvuruya olumlu ya da hiç cevap vermezse tam yargı davası yoluna gidilmelidir.

İdarenin, İmar Kanunu m. 10 gereğince yapılan imar planlarını imar programına alarak beş yıl içinde planda kamulaştırılması öngörülen taşınmazların kamulaştırılmaması ve yine de taşınmazların planda kalmaya devam etmesi bir idari eylem midir? Yani idari işlemin *uygulanmaması* bir idari eylem midir? Burada yapması gereken bir idari işlemi yapmaması şeklinde gerçekleşen idarenin pasif duruşu söz konusudur. İdari eylem, idarenin kamu görevinin görüldüğü sırada gerçekleştirdiği haksız fiildir ve idari işleminden bağımsızdır. Kanımca, bu durum idari işlemin uygulanması safhası ile ilgilidir ve idari işlemin uygulanması safhası idari eylem değildir.⁸⁴

Kanımca, bir idarenin imar planında bir özel hukuk kişinin taşınmazını kamu hizmetine tahsis etmesi ve fakat imar planını İmar Kanunu m.10 dairesinde uygulamaya geçirmemesi; ilgili taşınmaz malikinin taşınmazı yıllarca imar planında kalmasından dolayı taşınmazından hukukun elverdiği şekilde yararlanamaması durumunda meydana gelen mülkiyet hakkı ihlali ile idarenin herhangi bir kamulaştırma ve benzeri karar olmaksızın kişinin taşınmazının fiilen kamu hizmetine tahsis edilmesi sonucu kişinin taşınmazından hukukun elverdiği şekilde yararlanamaması durumunda meydana gelen mülkiyet hakkı ihlali arasında nitelik açısından bir

⁸³ İbid, s. 732.

⁸⁴ "...kamulaştırma hükümleri dışında davacının taşınmaz malına el atılması olayı idari bir eylem sayılmaz. ... İdarenin kanal açmak suretiyle haksız eylemi sonucu meydana gelen zarar (eski) Borçlar Yasasının 41. ve 51. maddeleri gereğince ödetilmesine ilişkin davaların adli mahkemelerde görülmesi gerekir." Uyuşmazlık Mahkemesi, 12.12. 1970 E. 969/184, K. 970/326 (A.Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, İdare Hukuku Cilt I, (4. Bası, 2006), s. 1124).

fark bulunmamaktadır. İlki hukuki kamulaştırmasız el atma olgusunu meydana getirirken ikicisi fiili kamulaştırmasız el atma olgusunu meydana getirir. Her ikisi de Medeni Kanun m.683 kapsamında kişinin mülkiyet hakkına müdahaledir, özel hukuk anlamında bir haksız fiildir ve kişiye Medeni Kanun m.683'ün, Borçlar Kanunu m.49'un, 16.5.1956 tarihli ve 1956/1 E. 1956/6 K. sayılı İBK'nın sağladığı ve adli yargı kapsamına giren davaları açma hakkı verir.

SONUÇ

Kamulaştırmasız el atma meselesinin hukukumuzda girmesi fiili el atma üzerinden olmuştur ve bu kavram Türk hukukuna 16.05.1956 tarihli ve 1/6 sayılı İctihadı Birleştirme Kararı ile girmiştir. Hukuki el atma ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 gün ve 2010/5-662 E., 2010/651 K. sayılı kararı ile girmiştir.

Çeşitli yargısal kararlar ve yasal düzenlemelerden sonra 5999 sayılı Kanun'la 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'na eklenen geçici m. 6 ile fiili et atma hakkında önemli birtakım yasal düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Geçici m.6, 6487 sayılı Kanun m.21 ile yeniden düzenlenmiştir ve şu anda yürürlükte olan kamulaştırmasız el atma ile ilgili yasal düzenleme budur. 09.10.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihi arasında gerçekte fiili kamulaştırmasız el atmalar hakkında uygulanacak olan bu hükmün bazı fıkraları yine 04.11. 1983 - 11.06.2013 arasında fiilen kamulaştırılmamasız el atılan taşınmazlar hakkında da uygulanır. Fiili kamulaştırma hakkında genel tablo şudur: 09.10.1956 tarihi ile 04.11.1983 tarihi arasında gerçekte fiili kamulaştırmamasız el atmalar için, uzlaşma dava şartı yerine getirildikten sonra idare ya da taşınmazına müdahale edilen malik taşınmazın bedelinin tespiti, bedelin malike ödenmesi ve taşınmazın idare adına tescili için taşınmazın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesinde dava açabilir. 04.11.1983-11.06.2013 tarihleri arasında gerçekte fiili el atmalara ilişkin davalar uzlaşma dava şartı aranmaksızın doğrudan açılabilir.

Geçici m.6'da yapılan son değişikliğin diğer bir dikkat çekici yanı ise hukuki el atmalarla ilgili olarak ilk kez bir düzenleme yapılmadıdır. Hukuki el atmalar hususunda en çok tartışılan mesele olan ve iki başlı içtihat gelişmesine sebep olan görevli yargı kolu meselesi düzenlenmiş ve bu davaların idari yargılama usulüne tabi olarak taşınmazın bulunduğu yer idare mahkemelerinde açılması hükme bağlanmıştır. Fakat nitelik itibari

ile benzer Şekilde mülkiyet hakkı ihlallerine sebep olan hukuki el atma ve fiili el atmadan kaynaklanan davaların farklı yargı kollarında görölmesine ilişkin bu düzenlenme, kanımca, yerinde olmamıştır.

KISALTMALAR

age.: adı geąen eser

agm.: adı geąen makale

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözlüşmesi

AY: Anayasa

bkz.: bakınız

D.: Daire

E.: Esas

HD: Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

İBK: İątihadı BirleŐtirme Kararı

K.: Karar

m.: madde

para.: paragraf

s.: sayfa

TBB: Türkiye Barolar Birliği

TMK: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

v.: versus (karşı)

KAYNAKąA

Arcak Ali: Kamulaştırmasız Elkoyma ve Yeni Hükümler, (1987).

ErtayŐ Şeref: EŞya Hukuku, (9. Baskı,2011).

Gözler Kemal: İdare Hukuku, Cilt II, (2. Baskı, 2009).

Gözübüyük Şeref/Tan Turgut: İdare Hukuku, Cilt: I, (6. Bası, 2008).

Gözübüyük Şeref/Tan Turgut: İdare Hukuku Cilt I, (4. Bası, 2006).

Gözübüyük Şeref/Tan Turgut: İdare Hukuku, Cilt II, (3. Bası, 2008).

Kaplan Gürsel: Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Kamulaştırmasız El Koyma Sebebiyle Doğan Tazmin Hakkının Tabi Olduğu Usul ve Esaslar, TBB Dergisi 2012 (99).

Tekinay Selahattin Sulhi: Eşya Hukuku, Cilt I, (3. Bası,1978).

Temel Cemil/Özülkü Taner: Uygulamada Kamulaştırmadan Doğan Davalar Kamulaştırmaz El Atma Davaları Hukuki El Atma ve Geçici İşgalden Doğan Tazminat Davaları, (3. Baskı, 2014).

Yıldırım Bekir: Açıklamalı-İçtihatlı Kamulaştırma ve Kamulaştırmaz El Atma Davaları, (2012).

**HUKUK DEVLETİ VE GÜÇLER AYRILIĞI PRENSİBİ
BAĞLAMINDA AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ YARGI
SİSTEMİNDE FEDERAL YÜKSEK MAHKEMENİN ROLÜ**
*(THE FUNCTION OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES UNDER
THE PRINCIPLES OF THE RULE OF LAW, AND THE SEPARATION OF POWERS)*

Mehmet TANK¹

ÖZET

Türkiye’den bir yargıç olarak, Washington DC’de bulunan Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesine 25 Mart 2013 tarihinde yapılan ziyarete ve Mahkeme Başkanı Yüksek Yargıç John Glover Roberts’le gerçekleştirilen söyleşiye davet edilmek gerçekten büyük bir onurdu.² Bu heyecan bizi Anayasa yapım sürecinde bulunan ve yargının tari-

¹ İstanbul Vergi Mahkemesi Hâkimi, Uluslararası Yargıçlar Birliği’nin (International Association of Judges-IAJ) Yargının Statüsü adlı 1. Çalışma Komisyonunun Başkan Yardımcısı; YARSAV Yönetim Kurulu Yedek Üyesidir, **e-posta:** mehmettank@gmail.com İstanbul Hukuk Fakültesi’nde sürdürdüğü Kamu Hukuku Doktora programı kapsamında, doktora tez araştırması için gittiği ABD’de “The Dickinson School of Law” adlı hukuk fakültesinde ziyaretçi araştırmacıyken ABD Federal Yüksek Mahkemesi tarafından 25 Mart 2013 tarihindeki Yüksek Mahkeme’deki bir duruşmaya (Oral Argument) ve Başkan John Glover Roberts’le söyleşiye davet edilmiştir.

² Bu önemli etkinliği mümkün hale getiren şüphe yok ki, Penn State Üniversitesi, Dickinson Hukuk Fakültesinin (The Dickinson School of Law) değerli Profesörü Luis F. Del Duca’dır. Bu güne kadar yetiştirdiği hukukçular ve bilimsel eserleri kadar, başarılı organizasyonlarıyla da eşsiz ve örnek bir hukukçu olan Prof. Duca’ya ve onu kadrosunda tutan, Dickinson Hukuk Fakültesi tarafından organize edilen bu ziyaret ve söyleşi etkinliğinde bizleri davet eden saygıdeğer Dekan, Prof Philip J. McConaughay ile Prof Karen Bysiewicz’in yanı sıra, programda bizlere rehberlik eden Prof. Sheldon Caroline’a da ayrıca teşekkür ederiz. Bununla beraber bu etkinliğe bizlerle birlikte katılan Dickinson Hukuk Fakültesinin lisansüstü öğrenim gören diğer hâkim, savcı ve avukatlarına da minnettarız ki, yönelttikleri sorularla ABD’nin yetiştirdiği en büyük hukukçulardan biri olan Başkan Roberts’ten istifade yoluna açarak, serbest söyleşi ürünü bu metnin oluşmasına katkı sağladılar. Özellikle teşekkürlerimi sunmak istediğim birisi var ki o da bu çalışmaya

hinde olmadığı kadar ülke gündeminde tartışıldığı bir dönemde, Türk meslektaşlarımızla bu ayrıcalıklı deneyimi paylaşma düşüncesine sevk etti. Tarafımızdan ve bizimle birlikte programa katılan bazı hukukçuların da yönelttiği sorular üzerine Başkan Roberts'in verdiği ufuk açıcı cevaplardan not edebildiklerimizi serbest söyleşi formatında kalıcı hale getirmek istedik. Metinde yer alan notlar, söyleşi sırasında Başkan Roberts'in verdiği yanıtlarda ifade ettiği hususları bilimsel bir hassasiyetle detayları kaynaklarından bulunarak bazı şerhlerle genişletilmiştir. Belirtmek gerekir ki, söyleşide yöneltilen sorulara karşılık Başkan Roberts'in verdiği cevapların büyük bir kısmını not almak da mümkün olmadı. Bu çalışmaya Yüksek Mahkeme ziyaretinden ve başkanı ile yaptığımız söyleşiden esinlenerek başlanıldıysa da; tam olarak hafızada tutmak mümkün olmadığından Saygıdeğer Başkan Roberts'in sözleri, doğrudan atıflar olmaksızın aktarıldı. Bu nedenle, bazı mukayeseler içeren bu çalışmada Başkan Roberts'in tarihten örneklerle dolu öğretici demeçleri ışığında Türkiye'deki güncel yargısal sorunların ele alındığı söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Bayrak yakma kararı, kamuoyu görüşü, güçler ayrılığı prensibi, temel insan hakları, takdir yetkisi, mahkeme kültürü (adabı) içtihat, yargı bağımsızlığı.

ABSTRACT

As a Turkish Judge, it was a real honor to be invited to the Supreme Court of the United States to observe a conversation with Chief Justice John Glover Roberts, in Washington, DC on March 25, 2013.³ This enthu-

çok önemli katkılar sunan Dickinson Hukuk Fakültesinde doktora öğrencisi olan Aysel Cetinkaya'dır. Bu çalışma için en büyük ve en derin minnettarlığım hiç şüphesiz, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin saygıdeğer başkanı, John Glover Roberts'edir. Onun sunduğu bu büyük onur ki, genç bir hukukçu grubu olarak bizleri nezaketle kabul edip, bize meslektaş olmanın gerçek anlamını ve Amerikan Yüksek Mahkemesinde yerleşmiş mahkeme adabını öğretti.

³ The person who enabled this important event is Luis F. Del Duca who is the respected professor of Penn State University, The Dickinson School of Law. I would like to express our gratitude to Professor Del Duca, who is a unique leading scholar by means of the lawyers he educated and his publications as well as successful organizations. I also thank and respect Dean Prof. Philip McConaughay and Prof. Karen Bysiewicz who invited us to this visit under the roof of Dickinson School of Law as well as Prof. Caroline Sheldon who guided us in this program. I am also thankful to the other lawyers, judges and prose-
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

siasm has motivated me to share this exclusive experience with our Turkish colleagues during a period when new Constitutional Code is being drafted and when the judiciary has been subject to more debates than ever in its history. I wanted to take notes of the eye-opening answers Chief Justice Roberts provided to the questions asked by the jurists who attended the program, including me, to preserve it for the posterity. The notes in the text have been extended with annotations to expand the issues pointed out in the answers given by Chief Justice during this conversation, the details of which are found within the sources. It should be mentioned that it was not possible to take notes with regard to some of the answers given by Chief Justice Roberts to the questions. Although this paper was originated from the visit to the Supreme Court and talk with chief justice Roberts, his remarks were incorporated into this article without direct quotations since it is impossible to remember what the Honorable Justice exactly said. Thus, it may be said that, this article which includes some analogies, is written to cover current judicial problems in Turkey in light of Chief Justice Robert's educational remarks with many historical examples.

Keywords: *Flag burning decision, public opinion, the principle of separation of powers, fundamental human rights, discretionary authority, court lore, stare decisis, independence of the judiciary.*

Yargıda Güncel Tartışmalara Amerika'dan Bir Bakış...

Dünyanın farklı kıtalarındaki farklı hukuk sistemlerine sahip ülkelerden gelen yargıç, savcı ve akademisyenlerin dahil olduğu bir hukukçu grubuyla Washington DC'de bulunan ABD Federal Yüksek Mahkemesine (Federal

cutors who attended this program, and LLM students in Dickinson School of Law, for contributing significant questions to this conversation with Chief Justice Roberts who is one of the leading judges in the USA. Particularly I would like to thank Aysel Cetinkaya, who is a SJD (PhD in Law) candidate, for her really significant contributions to this paper. My biggest and heartfelt gratitude is of course to the Honorable Chief Justice of the United State Supreme Court, John Glover Roberts himself, for his grace. He kindly accepted those jurists and taught the exact meaning of collegiality and the lore of the American Supreme Court.

Supreme Court of the US) 25 Mart 2013 tarihinde yapılan ziyarette⁴ ve Mahkeme Başkanı John Glover Roberts'le gerçekleştirdiğimiz söyleşiden hatırımda kalan ve yargı reform paketleri adı altında üst üste çıkarılan (bir kısmı torba) yasalarla ülkemizde devam eden yargı eksenli yoğun tartışmalara ışık tutacağını düşündüğüm bazı anekdotları paylaşacağım bu makale ile, Türkiye'deki 17 Aralık Yolsuzluk soruşturması ile başlayan ve sonrasında yargı reformu adı altında yapılan yasa değişikliklerinin ve Anayasa Mahkemesinin verdiği kararların yarattığı hukuki tartışmalara küçük bir katkı sağlamak istiyorum.

Türk yargısının tarihinde olmadığı kadar ülke gündeminde tartışıldığı bir dönemde, bu ayrıcalıklı deneyimi, tarafımızdan yöneltilen ve özellikle Türk yargısının güncel sorunlarına ışık tutması için hazırladığım sorular üzerine ABD Yüksek Mahkeme Başkan Roberts'in verdiği ufuk açıcı cevaplardan hatırımda kalanlarını bilimsel bir hassasiyetle detayları kaynaklarından bularak içeriğini alıntılarla zenginleştirmeye çalıştığımı belirtmek isterim.

1) Federal Yüksek Mahkemenin Temyiz Prosedürü ve Bir Vergi! Uyuşmazlığı

ABD Federal Temyiz Mahkemesinin işleyişi ve kararların temyiz edilmesine ve görüşülecek dosyaların belirlenme yöntemine ilişki olarak; yaklaşık 9.000-10.000 civarında dosyanın eyalet ve federal istinaf mahkemelerinden her yıl temyiz istemiyle yüksek mahkemeye gönderildiğini, bunlardan sadece 80 kadarının temyiz incelemesini yapmak üzere seçildiğini, bu seçimin de en az 4 yargıcın kabulüne bağlı olduğunu, yüksek mahkemeye gelen temyiz istemlerinin tamamını çözmeleri gerekse idi bunun imkansız olacağını ve mahkemenin fonksiyonunun eda edilemeyeceği ifade edildi. Yüksek mahkeme tarihinde oldukça önemli bir tartışma olarak, mahkemenin dilediği dosyayı ele alma, dilediğini de reddetme konusunda salahiyyetin (discretionary authority) yüksek mahkemeye verilmesine yönelik yasal zemin önce ABD Başkanlığı (1908-1912) sonra Yüksek Mahkeme Baş-

⁴ Bu makale yüksek mahkeme ziyaretinde başkan Roberts'in bir saati aşan süredeki değerli paylaşımlarından doğrudan atıf yapılmaksızın hatırdaki kalanlarının son bir yıllık süreçte ülkemizde yaşanan ve bir hukuk devletinde görülmesi mümkün olmayan uygulamaların mağduru olmuş Türk hukukçuların istifadesine sunmak ve gerçek bir hukuk devleti olmanın kolay ve kestirme bir yolunun olmadığını göstermek için yazılmıştır. *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

kanlığı (1921-1930) yapan William Howard Taft⁵ tarafından sağlanmıştır. Yüksek mahkeme bir dosyanın görüşülmesini reddettikten sonra artık istinaf mahkemelerinin (The US Courts of Appeal [Circuits]) kararları geçerli ve bağlayıcı içtihat (stare decisis) niteliğini kazanıyor.

Amerikan tarihinin en önemli davalarından biri olarak nitelendirilen ve tüm dünya ile birlikte Türkiye’de de⁶ yankı uyandıran eşcinsel evliliklerin hukuken tanınıp tanınmamasına ilişkin ve aslında bir vergi uyuşmazlığı (Windsor v. United States)⁷ olan davada nihai kararı verecek olan Amerikan Federal Yüksek Mahkemesini ziyaretimiz sırasında bu dosyaların ertesi gün duruşmasının yapılacağını hiç düşünmemiştik. Yüksek mahkemenin işleyişine ilişkin aldığımız mükemmel sunumun ardından temyiz sürecine ilişkin Başkan Roberts tarafından, yüksek mahkemede ele alınan dosyaların, genelde federal istinaf mahkemelerinin (Circuits) kendi aralarındaki içtihat farklılıkları varsa ve giderilmesinde yarar görülüyorsa bu tür içtihat farklılıklarının çözüme bağlandığı, Yüksek Mahkemenin tüm yargıçların katılımıyla toplandığını ve karar verdiğini, eğer çekinmeyi gerektiren bir durum söz konusu ise en az 6 üyenin katılımıyla karar verilebileceği ifade edildi.

⁵ 1935 yılında inşası tamamlanan ve oldukça görkemli olan Yüksek Mahkeme binasını bize gezdiren Yüksek Mahkeme katibi (Clerk) her iki önemli erkinde başkanlığını yapan Taft dönemine kadar Yüksek Mahkemenin Kongre binasının bodrum katında hizmet verdiğini, Başkan Taft’ın bu durumdan rahatsızlık duyarak yeni binanın yapımı için gerekli bütçeyi tahsis ettiğini ifade etmiştir.

⁶ <http://tr.euronews.com/tag/escinsel-haklari/>, <http://dunya.milliyet.com.tr/escinsel-evlilik-bu-karara-bagli/dunya/dunyadetay/27.03.2013/1685618/default.htm?ref=OtherNews>, http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/03/130327_abd_mahkeme_2.shtml.

⁷ Windsor v. United States, 699 F.3d 169, 2012 U.S. App. LEXIS 21785, 2012-2 U.S. Tax Cas. (CCH) P60,654, 110 A.F.T.R.2d (RIA) 6370 (2d Cir. N.Y. 2012) New York ta ikamet eden 83 yaşındaki Bayan Edith Windsor adına, 2007 yılında Kanada’da evlendiği 44 yıllık partneri Thea Syyer’den, 2009 yılında ölümünden sonra intikal eden servet üzerinden evliliklerinin hukuken geçerli sayılmaması nedeniyle tahakkuk ettirilen 363.000 dolar verginin eşitlik ilkesine aykırı tarh edildiği gerekçesiyle 2. İstinaf Mahkemesi’nin (2nd Circuit) verdiği iptal kararının temyizine ilişkindir. Evliliğin Korunması Kanunu olarak bilinen ve eşcinsellerin kadın-erkek evliliğinin verdiği haklardan yararlanmalarını engelleyen yasanın eşcinsel çiftlere karşı ayrımcılık yaptığına karar verdi. http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/06/130626_abd_escinsel.shtml

2) Karar Verme Sürecinde Kamuoyu Tepkileri (Public Opinion) ve Temel İnsan Haklar

Karşılıklı soru cevap faslında, tarafımdan yöneltilen, “Derdest bir uyuşmazlıkta uygulanacak olan bir hukuk normu kamuoyu tarafından büyük ölçüde desteklenmesine karşılık, yada büyük bir çoğunlukla iktidar olan bir hükümet tasarrufunun açık biçimde temel insan haklarına aykırı ve temel özgürlüklere aykırı olduğu durumlarda bu çoğunluğun desteklediği kamuoyu görüşü (ya da konjonktür) hakimler tarafından ne ölçüde dikkate alınmalı?” şeklindeki soruya cevaben, başkan Roberts genel olarak, mahkemenin toplumda oluşan çoğunluk görüşünü (kamuoyunu) dikkate almadıklarını, görevlerinin aslında uyuşmazlığın esasının Amerikan Anayasasına uygun ya da aykırı olduğuna karar vermek olduğunu, bu bağlamda konunun Anayasallığının tartışıldığını, bunu yaparken bilakis toplumdaki azınlıkların haklarını ve bireysel hakları çoğunluk hegemonyasından korumaya çalıştıklarını ifade etmişti.

Buna örnek olarak da yakın bir geçmişte yüksek mahkemece verilen, Amerikan bayrağının yakılmasını suç olarak nitelendiren “Texas Bayrak Yasası”na karşı işlenen (hükümet eylemlerini protesto amaçlı) bayrak yakma eyleminin konu edildiği “Flag Burning”⁸ (Texas vs Johnson, 491 U.S. 397 (1989))⁹ kararında kamuoyunun baskın şekilde bu eylemin aleyhinde oluştuğunu, hatta anketlere göre toplumun %90’ının bu eylemin suç teşkil ettiğini düşündüğünü, ancak söz konusu kamuoyu düşüncesinin aksine Mahkemenin Anayasa’da yer alan ifade hürriyeti kapsamında bunun bir Anayasal hak olduğuna karar verebildiğini belirtiyor. **Mahkeme olarak güncel kamuoyu görüşünü değil, ABD Anayasasının bizatihi kendisinin ne söylediğine baktıklarını ve ona göre yorumladıklarını, sırf bu nedenle Yüksek Mahkeme hâkimlerine güncel kamuoyu görüşünü gözetmek zorunda kalmalarını engellemek için ömür boyu görevde kalma teminatı verilerek bağımsız hareket etmelerinin amaçlandığını** belirtmişti. Bir diğer önemli hâkimlik teminatının ise maaşlarından hiç bir suretle kesinti yapılamayacağını bizzat Anayasa tarafından teminat altına

⁸ Texas eyaletinin “Bayrağa hakaret” (anti-flag-desecration Law) yasasının ihlaline ilişkin özet bilgiler için bkz: <http://www.esquilax.com/flag/history.html> (Erişim 25 Mart 2013).

⁹ <http://www.esquilax.com/flag/texasvjohnson.html> (Erişim 25 Mart 2013).

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

alınması¹⁰ olduğunu, bu nedenle kamuoyu baskısından korunacaklarından emin oldukları için bağımsız şekilde karar verebildiklerini ifade etmişti. Ancak elbette verdikleri kararlarda Anayasayı yorumlarken, kanun koyucunun güttüğü özel amacı da değerlendirdiklerini ve (**Anayasanın ruhuna uygun olduğu müddetçe**) yasa koyucunun iradesine saygı gösterdiklerini ifade etmişti.

Bir yıl boyunca katıldığım federal ve eyalet mahkemelerindeki duruşmalardan edindiğim izlenimlere göre yargılama süreçlerinde yazılı savunmalardan daha ziyade duruşmalara (Oral Argument) özel bir önem verildiği, Amerikan yargılama sisteminin daha çok sözlü tartışmaya dayandığını ve hâkimlerin zihinlerinde oluşan soruları duruşma esnasında etraflıca sorarak olayın hem kendileri açısından hem de taraflar açısından daha anlaşılır hale gelmesine önem verdiklerini söyleyebilirim¹¹.

3) Federal Yargıçların Atanması ve Politik Sorular

Tez araştırması süresince tanışma imkânı bulduğum pek çok federal yargıç ve akademisyenlerle yaptığımız görüşmelerde; merakımı çeken bir konu olarak federal yargıçların atanması (nomination) sürecinde, Başkanın önerdiği federal yargıç adaylarının Senato tarafından onay zorunluluğunun, yargı erki ile politik erkler arasında geçen adaylık sürecinin biraz fazla uzun sürmesine yol açtığını, bunun da yargısal işleyişi etkilediği yönünde yoğun eleştirilerin mevcut olduğunu gördüm¹². Amerikan sisteminde Başkanın seçtiği federal yargıç adaylarının Senato tarafından davet edildiği, bir çeşit mülakat yapıldığını, genel olarak mülakat sürecinde potansiyel uyuşmazlıklara dair yargısal görüşü yerine, adayların yargısal felsefelerini (judicial philosophia), hukuki yaklaşımlarını (judicial approaches), mah-

¹⁰ Amerikan Anayasasının 3. Bölümü 1. Kısımında belirtildiği üzere Federal Yüksek mahkeme ve alt derece hâkimlerinin maaşları azaltılamaz. (Article III, Section I of the US Constitution states, “The judges, both of the supreme and inferior courts ... shall at stated times, receive a compensation, which shall not be diminished during their continuance in office.”).

¹¹ Burada belirtmek gerekir ki, bir çok televizyon şirketi hakimlere ya da mahkeme başkanlarına duruşmalarını belirli bir fiyat karşılığında canlı yayında göstermek için talepte buldukları ve bir çok TV kanalında halen yayınlanan bir dizi program olduğunu, duruşmalara katılan izleyicilerin zaman zaman alkışlarla ya da protestolarla yapılan savunmalara tepki gösterdikleri, bazen de hakimin sorularına ya da esprilerine güldüklerini gözlemlemek mümkün.

¹² <http://www.mcclatchydc.com/2013/11/18/208956/third-time-not-the-charm-senate.html>
YUHFD Vol. XI No. 2 (2014) - YUHFD Vol. XII No. 1 (2015)

kemelerin rolüne ilişkin düşüncelerini ortaya koymalarının beklendiğini; buna rağmen sıklıkla senatörlerin oldukça tartışmalı konularda sorular da yönelttiklerini, bu durumlarda adayların sıklıkla ihsası rey olacağını ve görevle bağdaşmayacağını belirterek sorulan soruların büyük bir kısmına cevap vermediklerini kaydetmek gerek. Yüksek Mahkeme dışında 94 Federal Bölge Mahkemesi ve onların verdikleri kararların istinaf incelemesini yapan 13 İstinaf mahkemesindeki tüm federal yargıçlar Başkan tarafından aday gösterilerek Senatonun onayıyla atanıyorlar¹³. Halen Amerikan federal mahkemelerinde boşalan yargıç kadrolarının yaklaşık %10 u için yasama ve yürütme arasındaki çekişme nedeniyle atama yapılamamakta yada başkanın belirlediği adaylar senatonun onayını alamadığından atanmamaktadır¹⁴.

Burada ifade etmek gerekir ki, güçler ayrılığı prensibinin içselleştirildiği Amerikan sisteminde, bir erkin diğerini kontrol etme gibi bir durumun söz konusu olmadığı, eyaletlerini temsilen senatoya seçilen senatörlerin her birinin kendi özgül ağırlıkları olduğu ve Amerikan başkanlarının bu senatörlere rağmen, vev ki kendi partisinden olsun, bir konuda ısrar etmesinin çok sık karşılaşılan bir durum olmadığını söyleyebilirim. Bazı kanun tasarılarının başkanın partisinden senatörleri reddederken diğer partinin senatörleri sayesinde onayladığı durumlar olabilmektedir. Bu nedenle genel bir konsensüs sağlanmadan önemli devlet politikalarında radikal bir değişikliğe gitmek pek olası değil. Sistem belki yavaş, ancak iyi işliyor. Hele yargıya intikal eden bir konuda yargıya müdahale anlamına gelebilecek bir tavır, söz ya da fiil doğrudan sistem tarafından cezalandırılıyor. 2013 Mayıs ayında Amerikan Gelir İdaresinin (IRS) Çay partisinden (Tea Party) ve bazı muhafazakar grupların hesaplarını vergi incelemesine alınca, IRS başkanı koltuğunu kaybetmiştir¹⁵. Adalet Sekreteri (Bakanı) oldukça zor durumda kalmış ve hatta Başkanın dahi konumu tartışmaya açılmıştır. Eğer başkan Obama'nın devlet aygıtını, kurumlarını politik amaçları doğrultusunda kullanması gibi ağır bir demokrasi suçunu işlediği

¹³ <http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Nominations.htm>

¹⁴ National Women's Law Center, "The Vacancy Crisis in the Federal Judiciary: What's at Stake for Women" http://www.nwlc.org/resource/vacancy-crisis-federal-judiciary-whats-stake-women#_edn1 (Accessed on 18, June 2013).

¹⁵ http://www.huffingtonpost.com/2013/05/15/obama-irs-scandal_n_3281673.html. (Erişim 13 Ocak 2014).

konusunda bir delile ulaşılabilselerdi, başkanın konumunu koruması pek mümkün olmayabilirdi¹⁶.

Yüksek Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlığın politik bir sorunsal olması durumunda bu tür uyuşmazlıklara ilişkin yargısal bir karar verilip verilmeyeceğini tartışan doktrine ilişkin bir kısım yargıların (başkan Roberts dahil) önüne gelen her uyuşmazlık hakkında yüksek mahkemenin bir karar verebileceği yönünde ve hatta bunun bir Anayasal zorunluluk olduğu dolayısıyla tersi yöndeki bir düşüncüyü ifade eden politik soru doktrinine (Political Question Doctrine¹⁷) katılmadıklarını belirtmek gerekir.

Yüksek Mahkeme Başkanı olarak idari rollerine ilişkin Başkan Roberts'in yargı kurulunun başı sıfatıyla (Judicial Conference of the US¹⁸) bütçelerin hazırlanması, yargı çalışanların idari sorunlarını çözme, yeni mahkemelerin açılması vb idari konularda yetkileri de mevcuttur.

4) Güçler Ayrılığı Prensibi (Seperation of Power) ve “Check-Balance” Sistemi

Ziyaret esnasında yine tarafımdan yöneltilen “Bazı Avrupa ülkeleri dahil dünyada (Türkiye özelinde de) yürütmenin yargıyı etkileme ve işleyişine müdahale girişimlerinin ve eğiliminin sıklıkla görüldüğü günümüzde Amerikan yargısına bakıldığında güçler ayrılığı ilkesinin ve “check-balance” sisteminin başarıyla uygulandığını görüyoruz. Bu başarıyı neye borçlusunuz şeklindeki soruya Başkan Roberts, öncelikle oldukça iyi bir maaş aldığından bahsederek giriş yapıyor ve 200.000 dolardan fazla maaş aldıklarını, Anayasayı ve hukuku yorumlamak gibi kredibilitesi oldukça yüksek bir görev olan yargıçlık görevinin ekonomik bağımsızlığı gerektirdiğini ve halkın da bunu onayladığını söylüyor. Ayrıca yargının tam bağımsızlığına ilişkin, bütçelerinde kesinti yapılamaması ve yargıçların hayat

¹⁶ Tartışmalar için bakınız; <http://www.usatoday.com/story/opinion/2013/09/29/irs-tea-party-column/2892135/> (Erişim 13 Ocak 2014).

¹⁷ http://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine, (accessed on 28, May 2013).

¹⁸ Mahkemelerin yönetimine ilişkin temel kararların alınması, yargısal politikaların oluşturulması ve federal mahkemelerin usul kanunlarının hazırlanması gibi konularda çalışmak üzere 1922 yılında Emekli İstinaf Mahkemesi Hâkimleri Kurulu “The Conference of Senior Circuit Judges“ adıyla kurulmuştur. 1948 yılında yapılan yasa değişikliği ile bugünkü adını aldıktan sonra 1957 yılında Federal Bölge Hâkimleri de kurula dahil edilmiştir. <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/JudicialConference.aspx>. (30 Mart 2013).

boyu çalışma imkânının politik kaygılardan uzak kalmasını kolaylaştırdığını, **kendilerini atayan Başkanlardan oldukça farklı kararlar veren bir çok yüksek hâkimin mevcut olduğunu** ifade ediyor.

Tarihten örnekler vererek 1929 yılındaki büyük buhrandan sonra yüksek oranlı bir halk desteği ile seçilen Başkan Roosevelt döneminde çıkan birçok kanunun ve idari işlemlerinin yüksek mahkeme tarafından iptal edilerek yürütmenin adeta bloke edildiğini **ancak Anayasaya gereği erkeklerin birbirinin alanına müdahale etmediği, güçler ayrılığı ilkesinin kökleşmesinde 200 yılı aşkın bir geleneği olan yüksek mahkemeye ve Anayasaya duyulan bu saygının yattığını** ifade etmiştir. Ayrıca Başkan Jefferson ile onun yüksek mahkemeye atadığı ve büyük başkan olarak nitelendirilen John Marshall'ın¹⁹ (1801-1835), Lincoln ve diğer birçok ABD başkanlarının da dönemlerinde yüksek mahkeme ile ciddi anlaşmazlıkları olduğunu ama **her defasında hukuku ve Anayasayı yorumlamakla görevli yüksek mahkemenin nihai kararlarına saygının gereğini yapmaktan da geri kalmadıklarını** ifade ederek, bunun üzerine söz konusu güçler ayrılığı ilkesinin pekiştiğini beyan etmişlerdir.

5) Roberts's Rules²⁰

Son olarak Başkan Roberts'in daha önce verdiği bir mülakatta "Great Chief Justice" olarak nitelendirdiği ve bir hukuk fakültesi mezunu da olmayan Yüksek Mahkeme başkanı John Marshall'a hayranlığını belirterek, yüksek mahkeme başkanları arasında en çok onun duruşunu benimsediğini ifade etmişlerdir. Gazeteci Jeffrey Rosen'la yaptığı bu mülakatta sıklıkla, Yüksek Mahkeme hakimlerinin birer akademisyen gibi hareket ederek bireysel tatmin peşinde koşmasını değil mümkün olduğunca oybirliği ile güçlü kararlar alarak mahkemenin toplumsal meşruluğunu artırmak kaygısında olduğunu belirtmiştir. Başkan Roberts "**Eğer bu Yüksek Mahkeme meşruluğunu sürdüreceksen, onun yüksek yargıçları, kendini beğenmiş kaprisli birer başaktör gibi değil (prima donnas) daha ziyade meslek-**

¹⁹ Yüksek Mahkemenin hükümete diğer erkeklerle eşit şekilde yer almasını sağlayan 1803'te görülen meşhur *Marbury v. Madison* davasının kararını Başkan Marshall yazmıştır. Bu davada Yüksek Mahkeme, tarihinde ilk kez Meclis'ten geçen ve Başkanın imzaladığı bir yasayı anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

²⁰ Başkan Roberts'in Jeffrey Rosen'la 2007 yılında yaptığı birebir mülakat için bakınız: "Robert's Rule" <http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2007/01/robertss-rules/305559> (Erişim 8 Nisan 2013).

YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

taşlar gibi hareket etmek zorundadırlar”, ...“Ben merkezci yalnızlar takım arkadaşlarından daha az etkilidirler.” şeklindeki sözleriyle meşruiyet açısından bir mahkeme heyeti olarak meslektaş dayanışmasıyla (collegiality) hareket ederek oybirliği ile kararlar almanın önemini anlatmıştır²¹.

Yaklaşık 220 yıllık bir devlet tecrübesine sahip ABD'nin yargı ve hükümet sisteminin geldiği nokta itibariyle bazıları ABD başkanının yargıç atamalarındaki ya da bazı yasal düzenlemeleri Senatodan geçirmede yaşadığı zorlukları nazara verip, başkanın zayıflığına yorumlayanların, asıl güçlü olan şeyin başkanın şahsının değil, sistemin bizzat kendisinin olduğunu anlamalarını beklemek beyhude gibi. Güçler ayrılığı prensibinin en ideal devlet pratiği olduğu ve diğer erklere saygının bir ulus için en yüksek demokratik erdem olduğu fikrinin içselleştirmesini engelleyen kültürel kodlarla beslenenlerin, elde edilen gücü erdemın kaynağı görüp, onu mutlaklaştırmayı bir inanç haline getirip, diğer erklerin dönüştürülmesini bir demokrasi mücadelesi olarak görenlerin egemen olduğu bir ülkede Sartori'den, Montesquieu'dan daha büyük yargıç Marshall bahsetmek anlamsız geliyor...

Türkiye’de Yargısal Konulardaki Kaygı Verici Gelişmeler

Ülkemizde de, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, kuruluşundan bu yana yargı bağımsızlığı ile ilgili tartışmaların merkezinde olmuştur. Kurulun yapısı ve fonksiyonlarını önemli ölçüde değiştiren 2010 Anayasa değişikliği ile getirilen düzenlemeler toplumun geneli tarafından yeterli bulunmasa da, eski sistemden daha iyi olacağı inancı ve demokratikleşme umudu ile “yetmez ama evet” denilerek onaylanmıştı. Değişiklik sürecinde Avrupa Birliği²² ve diğer uluslararası kurumlar²³ tarafından bu değişikliklerin eksikliklerine rağmen olumlu olduğu belirtilerek Hâkimler ve Savcılar Kurulu’na ilişkin Anayasa reform süreci desteklenmişti²⁴. Türk yargı-

²¹ “Robert’s Rule”.

²² Miguel Carmona Ruano, “Assessment of HCJP and Councils of Judiciary in terms of ENCJ principles”, <http://www.hcjp.gov.tr/news/semposium2012.pdf>, s. 8.

²³ Harry Gstöhl, “Judicial Reform in Turkey and the New HCJP via perspective of Venice commission”, <http://www.hcjp.gov.tr/news/semposium2012.pdf>, s. 5.

²⁴ Thomas Giegerich, “Report on the Turkish High Council of Judges and Public Prosecutors: Assessment of

sında hâkim ve savcılarının kurduğu ilk dernek olan YARSAV ise Türkiye'deki yargısal uygulamaları ve hükümetin yargıya ilişkin tavrı bilindiği için teorideki olumlu yanlarına rağmen pratikteki olası olumsuz sonuçlarını kamuoyuna deklare etmiştir²⁵.

2010 Anayasa değişikliği sonrasındaki süreçte yeni olduğu nitelendirilen HSYK verdiği kararlar nedeniyle Türkiye'deki yargıyla ilgili tüm tartışmaların odağına oturmuştur. HSYK'nın tasarruflarına yönelik Türkiye'de yüksek yargı kurumları başkanlarının hiç birinden küçük bir eleştirinin dahi duyulmadığı bir ortamda, en etkili eleştirilerin YARSAV tarafından getirildiğini belirtmek durumundayız. Anayasa Mahkemesinin 17 Aralık 2013 sürecinden sonra bir tavır değişikliğine gittiğini de itiraf etmek gerekir. Uzun tutukluluk konusunda, Twitter ve Youtube yasakları konusunda bireysel başvuru sonucunda verdiği kararlar iç ve dış kamuoyunun dikkatini çekmiştir²⁶.

Oldukça güncel bir konu olarak, Türkiye'de 17 Aralık 2013 tarihinde başlayan hükümet-yargı (cemaat-paralel yapı) çatışması eksenindeki bazı gelişmeler yukarıda bahsedilen Amerika'daki muhalif gruplara ve özelinde Çay Partisine yönelik IRS operasyonuna paralel şekilde bir mukayese imkânı vermektedir. Devlet kurumlarının hükümet karşıtı grupların (işadamları ve oluşturdukları TÜSİAD vb. sivil toplum kuruluşları, sendikalar, gazeteciler, medya patronları) tasfiyesi amacıyla kullanılması, yargının emri altında çalışan adli kolluk yetkililerinin yargıdan gelen talimatları²⁷ yerine getirmemesinin emredilmesi²⁸, kanuni görevlerini yerine getirenlerin görevlerinden alınması²⁹, görev yerlerinin değiştirilmesi oldukça çarpı-

Its Initial Track Record of Operation” <http://www.hcjp.gov.tr/news/t-giegerich-degerlendirme-raporu-Enlish.pdf>, s 2.

²⁵ *Yarsav Basın Açıklaması: “YARSAV, Anayasa taslağını basından öğrendi”*
<http://yarsav.org.tr/index.php?p=126#.U5T4xPnV8Ys>

²⁶ Alert:The Rule of Law in Turkey The Decision of the Constitutional Court on the High Council of the Judges and Prosecutors,

<http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=443>;

http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/turkish_judges__ok.pdf

²⁷http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/12/131226_muhammer_akkas_aciklama.shtm

²⁸<http://t24.com.tr/haber/istanbulda-ucuncu-dalga-savcinin-elinde-kaldi-polis-operasyonu-baslatmiyor,248492>. (Erişim 09.06.2014).

²⁹ AKP Milletvekili ve TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan Kuzu, “Başbakan’ın masasında istihbarat raporu var ... Raporda 2 bin emniyetçi, akademisyen, bürokrat, *YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)*

cı hukuksal anlamda kaygı verici gelişmelerdir³⁰. Bunun daha da ötesi, yakın bir geçmişte yürütülen ve yüzlercesi muvazzaf askeri personelin yargılanması sürecinde orduya kumpas³¹ kurulduğunun bizzat hükümet yetkililerince ifade edilmesi, yargı eliyle yapıldığı itiraf edilen söz konusu kumpas planına ve eylemlerine fiilen iştirak ettiği anlaşılan hükümetin, bugün hata yaptık itiraflarıyla sürecin tüm sorumluluğundan, halen hukukun ispatı gereken bir yapı üzerine atmak suretiyle kurtulacağını düşünmeleri oldukça ilginç hukuki gelişmelerdir.

Yakın geçmişteki şaibeli hale geldiği itiraf edilen yargılama süreçlerinde aktif ve belirleyici rol alan emniyet kuvvetlerinin amiri³² konumundaki siyasi otoritelerin bugünkü “kandırıldık” yönlü beyanları hukuksal ve cezai açıdan belki pişmanlık hükümleri yönünden değerlendirilebilirse de, işlendiği öne sürülen suçun, kurulan kumpasın ortağı olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Aynı şekilde kimi kamu kurumlarının ve kamu iştiraklerinin yine özel sektörde faaliyet gösteren şahıs ve kurumlar³³ üzerine yönlendirilmesi³⁴ suretiyle illegal olduğu düşünülen yapılarla illegal yönetmelerle³⁵ mücadele verilmesinin hukuk devletinde bir karşılığı olmadığını ve yine bir başka hukuksuzluk yaratacağını tespit etmek gerekir.

hâkim, savcı, basın mensubu ve işadammının adı var” diyerek fişlemeyi itiraf ettiği haberleştirildi, <http://www.odatv.com/n.php?n=iste-hukuk-devleti-boyle-mevta-oldu-1701141200> Ayrıca haberin detayları için bakınız:

<http://www.sabah.com.tr/gundem/2014/01/01/2-bin-kisilik-liste-basbakanin-masasinda>.

³⁰ “...Türkiye genelinde 15 binden fazla emniyet mensubunun görev yerlerinin değiştirildiği, yıllarını terörle mücadeleye, istihbarata, kaçakçılık alanlarına veren polisler görevlerinden alınarak pasif görevlere verildiği belirtiliyor.” “Emniyette Açığa alma ve atamalar, <http://www.gazetekamu.com/emniyette-aciga-alma-ve-atamalar.html>.

³¹ <http://haber.stargazete.com/yazar/kumpas-tartismasi/yazi-823148> “... Kendi ülkesinin milli ordusuna, milli istihbaratına, milli bankasına, milletin gönlünde yer edinen sivil iktidarına kumpas kuranların bu ülkenin hayrına bir iş yapmış olmayacağını çok iyi bilir”.

³² <http://yenisafak.com.tr/politika-haber/evet-milletin-savcisiyim-16.07.2008-129065> “... Başbakan Erdoğan, ‘Ergenekon’un savcısı Başbakan’dır’ diyen Baykal’a “Savcı millet adına vardır. İddia makamı millet adına oradadır ve biz de milletin hakkını aramanın gayreti içerisindeyiz. Eğer bu anlamda savcılıksa, evet savcıyım” diye cevap verdi.”

³³ http://www.radikal.com.tr/ekonomi/koca_destek_veren_boydakin_sirketlerine_de_vergi_denetimi-1163560

³⁴ <http://haberciniz.biz/thyden-bank-asyaya-kamikaze-dalisi-2531574h.htm>

³⁵ Aysenur Arslan “TÜSİAD”ın isyanında perde arkası”

<http://www.sonarhaber.com/tusiadin-isyaninda-perde-arkasi-makale,177.html>

Demokratik bir hukuk devletinde hükümete yönelmiş bir örgütlü yapıdan bahsediliyorsa bunu ortaya çıkarmak için devletin hukuk zemininde girişimde bulunup, ellerindeki tüm suç delillerini ortaya koyarak, konuyu yargıya intikal ettirmesi ve hukuki yol ve yöntemlerle mücadele edilmesi gerektiği açıktır. Hal böyleyken, suçlu olduğu düşünülen yapıları, boyun eğmeyen işadamlarını, meslek örgütlerini, gazetecileri ve karşıt görüşlü aydınları yahut kararlarından hoşlanılmayan mahkemelerin hâkimlerini kendi yöntemleriyle yargılayıp, vatan haini olarak ilan ederek³⁶ cezalandırmaya kalkışan bir hükümetin yönetim biçimine, devlet tipolojisine demokrasi demek mümkün olmadığı gibi, bu tarz hukuk dışı yöntemler izleyen bir devletin ve yöneticilerinin toplumdaki diğer illegal yapılara bir meşruiyet bahşedeceği de açıktır. Kaldı ki devleti hukuksuz şekilde yöneten bir kurul ya da söz konusu hukuk dışı eylemlere fiilen imza atan, azmettirici-destekleyici konumda bulunan her kamu görevlisi, yarın demokratik devlet düzenini ortadan kaldırmakla itham edilebileceklerdir. Zira illegalitenin varacağı noktayı tespit ve tahmin etmek mümkün olmadığından, öngörülemeyen bir eşiğin aşılması durumunda gelişecek istenmeyen toplumsal olaylardan sonra suların kendiliğinden durulmasını bekleyerek yargının hukuk dışılıklar karşısında pasifize edilmesini savunmak açık bir öngörüsüzlük olacağından, devleti idare edenlerin ya da onları denetleyenlerin şartların olağanüstülüğünü gerekçe göstererek hukuk dışılığın hiçbir türüne geçit vermemesi gereklidir³⁷.

Hukuk ve siyasal tarihin gelişiminde en azından gelişmiş ülkeler açısından olağanüstü dönemlerin geçici olduğunu, hukuk düzeninin ise kalıcı olduğu unutmamamız gerekir. Aynı şekilde yargı mensuplarının da özellikle siyasal ve toplumsal sonuçları olan önemli davalarda verecekleri kararlarda her şeye rağmen hukuka ve pozitif kanunlara uygun davranmaları ve konjonktüre uygunluk gibi bir kaygıdan uzak kalmayı başarmaları bekle-

³⁶<http://www.cnnturk.com/haber/dunya/erdogan-hasim-kilic-bu-konusmanin-altindan-kalkamayacak>.

³⁷ Tayland Başbakanının yolsuzlukla ve toplumsal olaylarla ilgili tutumu nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından görevden alındıktan sonra, asker ülke yönetimine el koymuştur. Demokratik sistemin işlerliği açısından seçimler kadar toplumdaki azınlıkların da haklarının korunamaması, bağımsız bir yargı ve etkin bir yargısal denetimin yokluğu ile temel hak ve hürriyetlerin kullanımının sınırlandırılmasında demokratik toplum düzeninin gereklerinden uzaklaşılması istenmeyen siyasal ve toplumsal sonuçlar doğurabilmektedir. <http://edition.cnn.com/2014/05/08/world/asia/thailand-yingluck-dismissed-reaction/>
YÜHFD Cilt: XI Sayı: 2 (2014) - YÜHFD Cilt: XII Sayı: 1 (2015)

nir. Yargıçların gelişen toplumsal olaylara ya da idari önlemleri denetlerken ülkedeki sosyal ve siyasal gelişmelere de bütün bütün bigane kalması da düşünülmemeyeceğinden kanunların kendilerine tanıdığı görev ve yetkileri evrensel standartlara uygun şekilde kullanmaları durumunda getirilecek eleştirilerin yargının bağımsızlığını tehdit boyutuna varmamalıdır. Aksi durumda gerek demokratik bir toplumda yaşamak isteyen bireylerin nüfusun azımsanmayacak bir bölümünü oluşturduğu ulusal kamuoyu, gerekse de Türkiye’yi çağdaş bir hukuk devletine sahip, hukuken istikrarlı, taahhütlerine bağlı, güven veren aynı masa etrafında oturup müzakere edilebilir bir partner olarak görmek isteyen uluslararası kamuoyu tepkisinin artıracığı hesap edilmelidir³⁸.

Tespit adına ülkemiz açısından Amerika’daki gibi bir yargı düzeninden-demokrasi kültüründen henüz uzak olduğumuzu söyleyebilirim. Ancak yine de erklerin birbirine olan saygısının uzun bir tarihi süreç sonunda büyük kavgalarla temin edildiği Amerikan kültüründeki gibi her erkin diğerinin rolüne, hukukuna saygı göstermek suretiyle kendi saygınlığını kazandığı bir demokrasiye büsbütün yabancı olmadığımızı belirterek, Atatürk’ün çizdiği bu hedefin bu coğrafya için bir hayale dönüşmesini engellemenin öncelikle hukuka ve yargıya düştüğünü görerek, kıyısına kadar geldiğimiz bir başka uygar toplum ve hukuk devleti modeli olarak Avrupa Birliği serüveni, idealden bir realiteye dönüşmek üzereyken, arkadan atılan çelmeyle takılıp düşmemek için kararlı ve emin adımlarla (geriye değil) ileriye doğru yürümeye devam etmeliyiz.

KAYNAKÇA

Thomas Giegerich, “Report on the Turkish High Council of Judges and Public Prosecutors: Assessment of

Its Initial Track Record of Operation” <http://www.hcjp.gov.tr/news/t-giegerich-degerlendirme-raporu-English.pdf>.

³⁸ Demokrasi ve Özgürlükler için Avrupa Yargıçlar Birliği, MEDEL; Twitter kararı sonrasında eleştirilerin odağı olan Anayasa Mahkemesi Başkanı’na yönelik maksadı aşan açıklamaları kinayıcı, hukuk devleti ve güçler ayrılığı prensibine vurgu yapan bir deklarasyon yayımlamıştır.

http://medelnet.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=227%3Amedel-statement-on-constitutional-court-president-haim-klc&catid=45%3Aan-independent-judiciary&Itemid=61&lang=en.

Harry Gstöhl, “Judicial Reform in Turkey and the New HCJP via perspective of Venice commission”,

<http://www.hcjp.gov.tr/news/sempozium2012.pdf>.

Miguel Carmona Ruano, “Assessment of HCJP and Councils of Judiciary in terms of ENCJ principles”,

<http://www.hcjp.gov.tr/news/sempozium2012.pdf>.

Alert:The Rule of Law in Turkey The Decision of the Constitutional Court on the High Council of the Judges and Prosecutors,

<http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=443>;

http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/turkish_judges__ok.pdf.¹

http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/12/131226_muhammer_akkas_aciklama.shtml

<http://www.gazetekamu.com/emniyette-aciga-alma-ve-atamalar.html>.

<http://t24.com.tr/haber/istanbulda-ucuncu-dalga-savcinin-elinde-kaldi-polis-operasyonu-baslatmiyor,248492>.

<http://www.sabah.com.tr/gundem/2014/01/01/2-bin-kisilik-liste-basbakanin-masasinda>.

<http://www.odatv.com/n.php?n=iste-hukuk-devleti-boyle-mevta-oldu-1701141200>.

<http://yenisafak.com.tr/politika-haber/evet-milletin-savcisiyim-16.07.2008-129065>.

http://www.radikal.com.tr/ekonomi/koca_destek_veren_boydakin_sirketlerine_de_vergi_denetimi-1163560.

Ayşenur Arslan “TÜSİAD’ın isyanında perde arkası”
<http://www.sonarhaber.com/tusiadin-isyaninda-perde-arkasi-makale,177.html>.

<http://haberciniz.biz/thyden-bank-asyaya-kamikaze-dalisi-2531574h.htm>.

<http://edition.cnn.com/2014/05/08/world/asia/thailand-yingluck-dismissed-reaction>.

Windsor v. United States, 699 F.3d 169, 2012 U.S. App. LEXIS 21785, 2012-2 U.S. Tax Cas. (CCH) P60,654, 110 A.F.T.R.2d (RIA) 6370 (2d Cir. N.Y. 2012).

http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/06/130626_abd_escinsel.shtml.

<http://dunya.milliyet.com.tr/escinsel-evlilik-bu-karara-bagli/dunya/dunyadetay/27.03.2013/1685618/default.htm?ref=OtherNews>.

http://www.bbc.co.uk/turkce/haberler/2013/03/130327_abd_mahkem_e_2.shtml.

<http://tr.euronews.com/tag/escinsel-haklari/> (Erişim 25 Mayıs 2013).

<http://www.esquilax.com/flag/history.html> (Erişim 25 Mayıs 2013).

<http://www.esquilax.com/flag/texasvjohnson.html> (Erişim 25 Mayıs 2013).

<http://www.mcclatchydc.com/2013/11/18/208956/third-time-not-the-charm-senate.html>.

<http://www.senate.gov/artandhistory/history/common/briefing/Nominations.htm>.

National Women’s Law Center, ”The Vacancy Crisis in the Federal Judiciary: What’s at Stake for Women”

http://www.nwlc.org/resource/vacancy-crisis-federal-judiciary-whats-stake-women#_edn1 (Erişim 18 Haziran 2013).

http://www.huffingtonpost.com/2013/05/15/obama-irs-scandal_n_3281673.html. (Erişim 13 Ocak 2014).

<http://www.usatoday.com/story/opinion/2013/09/29/irs-tea-party-column/2892135/> (Erişim 13 Ocak 2014).

http://www.law.cornell.edu/wex/political_question_doctrine, (Erişim 28 Mayıs 2013).

<http://www.uscourts.gov/FederalCourts/JudicialConference.aspx>. (Erişim 30 Mayıs 2013).

“Robert’s Rule”,

<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2007/01/roberts-rules/305559/>. (Erişim 8 Nisan 2013).

<http://haber.stargazete.com/yazar/kumpas-tartismasi/yazi-823148>.