

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

X/2

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

Cilt: X, Sayı: 2
Vol. X, No.2
Yıl / Year: 2013



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

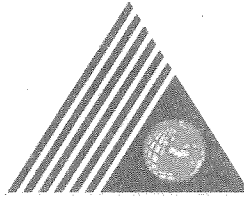
ISSN: 1303 - 4650

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

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

**Cilt: X, Sayı: 2
Vol. X, No. 2
Yıl / Year: 2013**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

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 (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)

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/yu-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

Mayıs / *May* 2014

ISSN: 1303 - 4650

Editör / Editor

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi /
Yeditepe University Faculty of Law)
abudak@yeditepe.edu.tr

Editör Yardımcısı / Associate Editor

Yard. Doç. Dr. / *Ass. 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 should
be addressed to:*

E-posta / E-mail: abudak@yeditepe.edu.tr; 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 contribu-
tors.*

Copyright © 2013

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 Kabaaliğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk Öztek, Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / *Editorial Board*

Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vecdi Aral, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
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 Waelbroek, Brüksel Üniversitesi, ULB
Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law
Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université 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, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sibel Inceoğlu, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sultan 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 Yüce Bilgin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Ragıp Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Semir 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 Direnisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Cihan Avcı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Shabnam Majtahedi, 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. Sinan Naipoğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. İsmail Esin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. John Schmidt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Jeffery P. List, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Elif Selin Cilo, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğr. Gör. Amer Raja, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Araş. Gör. Tülay Özer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDITEPE 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 (YUHF) 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 proof-read by the author himself or herself.

11. Yayın 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, Yayın 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).

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: X, Sayı: 1, Yıl: 2013

İÇİNDEKİLER

- THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: QUO VADIS?
(AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ: GİDİŞ NEREYE?)**
Prof. Dr. Ruşen ERGEÇ1
Lüksemburg Üniversitesi Öğretim Üyesi; Belçika Brüksel Barosu Onursal Üyesi;
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Misafir Öğretim Üyesi
e-posta: rusen.ergec@uni.lu
- ÇAĞDAŞ VERGİ SİSTEMLERİNDE VERGİ DENETİMİ**
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK.....40
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
e-posta: huzelturk@superonline.com
- ANAYASA MAHKEMESİ'NİN SİYASİ PARTİLER YASASI'NIN 108. MADDESİ
HAKKINDA VERDİĞİ İPTAL KARARININ PARTİ YASAKLAMA REJİMİ
ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ**
Doç. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK.....65
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
e-posta: ekremakarturk@hotmail.com
- A BRIEF ASSESSMENT ON THE ABILITY OF SECTIONS 7, 8 AND 9 OF THE
ENGLISH FOOD SAFETY ACT 1990 TO DEAL WITH THE SALE AND SUPPLY
OF UNSAFE FOOD
(1990 TARİHLİ İNGİLİZ GIDA GÜVENLİĞİ KANUNU'NUN 7, 8 VE 9. MAD-
DELERİNDEKİ DÜZENLEMELERİN GÜVENLİ OLMAYAN GIDALARLA
MÜCADELE ETME HUSUSUNDA ETKİNLİKLERİNİN DEĞERLENDİRİLME-
Sİ)**
Doç. Dr. Halide Gökçe TÜRKÖĞLU.....78
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
e-posta: halide.turkoglu@yasar.edu.tr
- ABD HAKSIZ REKABET YASASI (UNFAIR COMPETITION ACT) ÇERÇEVE-
SİNDE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARINA UYUMUN BİLİŞİM TEKNOLOJİSİ
SEKTÖRÜ ÖZELİNDE SÜRDÜRÜLEBİLİR EKONOMİK KALKINMAYA
ETKİSİ VE SAĞLAYACAĞI AVANTAJLAR**
Yard. Doç. Dr. Leyla KESER BERBER.....97
İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Direktörü
e-posta: leyla.keser@gmail.com

ROTTERDAM RULES: IS A SOLUTION TO THE UNIFORMITY PROBLEM IN INTERNATIONAL MARITIME CARGO TRANSPORTATION?

(ROTTERDAM KURALLARI: DENİZYOLU İLE ULUSLARARASI YÜK TAŞIMACILIĞINDAKİ YEKNESAKLIK SORUNUNUN ÇÖZÜMÜ OLABİLİR Mİ?)

Yard. Doç. Dr. Nil KULA DEĞİRMENCİ.....140
Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi, Lojistik Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi
e-posta: nil.degirmenci@deu.edu.tr

GÖNÜLLÜ VAZGEÇME DÜZENLEMESİ GEREKLİ MİDİR?

Yard. Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK.....184
MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi
e-posta: gucluakyurek@yahoo.com

ANONİM ŞİRKETLER GENEL KURULLARINDA TOPLANTI VE KARAR YETER SAYILARI

Araş. Gör. Fatih YURTBAŞI.....203
Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü Araştırma Görevlisi
e-posta: fyurtbasi@dogus.edu.tr

DAS WTO-STREITBEILEGUNGSVERFAHREN UND SEINE BEDEUTUNG FÜR DEN CODEX ALIMENTARIUS

(DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ'NDE HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ USULÜ VE BU USULÜN CODEX ALIMENTARIUS – GIDA GÜVENLİĞİ STANDARTLARI BAKIMINDAN ARZ ETTİĞİ ÖNEM)

Araş. Gör. Friederike VOSKAMP233
Bremen Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
e-posta: voskamp@uni-bremen.de

CONDORCET'İNİN DOĞRUDAN DEMOKRASİ ANLAYIŞI VE 1793 GIRODINE ANAYASASI PROJESİ'NE YANSIMALARI

Araş. Gör. Ashi TOPUKÇU240
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
e-posta: atopukcu@khas.edu.tr

HIRSIZLIK SUÇUNDA ZORUNLULUK HALİ

Araş. Gör. Ülkem Cansu AYGÜN.....263
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi
e-posta: ucaygun@gmail.com

AMERİKAN HUKUK SİSTEMİNDE HÂKİMİN REDDİ VE ÇEKİLMESİ, GÜNCEL PROBLEMLER VE REFORM İHTİYACI

Orhan KARABACAK / Muhiddin KARATAŞ.....286

Rize İdare Mahkemesi Hâkimi / Rize İdare Mahkemesi Hâkimi

e-posta: okarabacak@hotmail.com / e-posta: karatas14@gmail.com

JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume: X, No: 2, Year: 2013

CONTENTS

- THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: QUO VADIS?**
Prof. Dr. Ruşen ERGEÇ.....1
Professor at the University of Luxembourg and an honorary member of the Brussels Bar in Belgium; Visiting Professor at Yeditepe University Faculty of Law
e-mail: rusen.ergec@uni.lu
- TAX AUDIT IN CONTEMPORARY TAX SYSTEM**
Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK.....40
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Tax Law
e-mail: huzelturk@superonline.com
- REPERCUSSIONS OF THE DECISION OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT CONCERNING THE ANNULLEMENT OF ART. 108 OF THE POLITICAL PARTIES ACT ON THE PARTY DISSOLUTION PROCEEDINGS**
Doç. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK.....65
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law
e-mail: ekremakarturk@hotmail.com
- A BRIEF ASSESSMENT ON THE ABILITY OF SECTIONS 7, 8 AND 9 OF THE ENGLISH FOOD SAFETY ACT 1990 TO DEAL WITH THE SALE AND SUPPLY OF UNSAFE FOOD**
Assoc. Prof. Dr. Halide Gökçe TÜRKOĞLU.....78
Yaşar University Faculty of Law, Dept. of Legal History
e-mail: halide.turkoglu@yasar.edu.tr
- THE ADVANTAGES AND EFFECTS OF THE COMPLIANCE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS SPECIFIC TO IT SECTOR ON SUSTAINABLE ECONOMIC DEVELOPMENT WITHIN THE SCOPE OF UNFAIR COMPETITION ACT OF THE USA**
Asst. Prof. Dr. Leyla KESER BERBER.....97
Istanbul Bilgi University Faculty of Law, Director of Information and Technology Law Institute
e-mail: leyla.keser@gmail.com

ROTTERDAM RULES: IS A SOLUTION TO THE UNIFORMITY PROBLEM IN INTERNATIONAL MARITIME CARGO TRANSPORTATION?

Asst. Prof. Dr. Nil KULA DEĞİRMENCİ140

Dokuz Eylül University Maritime Faculty, Department of Logistics Management

e-mail: nil.degirmenci@deu.edu.tr

IS THERE A NEED FOR REGULATION OF RENUNCIATION IN THE AREA OF CRIMINAL LAW?

Asst. Prof. Dr. Güçlü AKYÜREK.....184

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

e-mail: gucluakyurek@yahoo.com

REQUIRED MAJORITY FOR GENERAL SHAREHOLDERS' MEETING AND FOR DECISION MAKING IN A JOINT STOCK COMPANY

Res. Asst. Fatih YURTBAŞI.....203

Doğuş University Faculty of Law, Dept. of Private Law

e-mail: fyurtbasi@dogus.edu.tr

DAS WTO-STREITBEILEGUNGSVERFAHREN UND SEINE BEDEUTUNG FÜR DEN CODEX ALIMENTARIUS

Res. Asst. Friederike VOSKAMP233

Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin, Institut für Informations-, Gesundheits- und Medizinrecht, Universität Bremen

e-mail: voskamp@uni-bremen.de

CONDORCET'S VIEW OF DIRECT DEMOCRACY AND ITS REFLECTIONS ON 1793 GIRODIN CONSTITUTIONAL PROJECT

Res. Asst. Ashi TOPUKÇU.....240

Kadir Has University Faculty of Law, Dept. of Constitutional Law

e-mail: atopukcu@khas.edu.tr

STATE OF NECESSITY IN THE THEFT OFFENCE

Res. Asst. Ülkem Cansu AYGÜN.....263

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

e-mail: ucaygun@gmail.com

RECUSAL AND DISQUALIFICATION OF JUDGES IN THE U.S. LEGAL SYSTEM, CURRENT PROBLEMS AND THE NEED FOR REFORM

Orhan KARABACAK / Muhiddin KARATAŞ.....286

Judge at the Administrative Court in Rize / Judge at the Administrative Court in Rize

e-mail: okarabacak@hotmail.com / **e-mail:** karatas14@gmail.com

THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: QUO VADIS?

(AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ: GİDİŞ NEREYE?)

Prof. Dr. Ruşen ERGEÇ¹

ÖZET

11 ve 14 numaralı Ek Protokoller'de değişiklik teklifi ile başlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde reform yapılması hususu taraf devletler tarafından tartışma konusu yapılmıştır. Mahkemenin bazı kararları (özellikle sosyal sigortalar ve göç konularında olduğu gibi) hukukçular ve taraf devletler tarafından eleştirilmiştir. Aslında mahkemenin sorunları bu konuların daha da ötesine gitmektedir. Bu sorunlar mahkemenin statüsü ve insan hakları koruma mekanizmasının etkinliğiyle de ilgilidir. Bu makale bu kapsamlı konuları derin bir şekilde araştırma amacı gütmemektedir. Amaç, genel bir bakışla yeni gelişmeleri aktarıp; ileride ne gibi ilave önlemlerin alınabileceğini araştırmaktır.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, reform, yeni gelişmeler, değişim zorunluluğu.

ABSTRACT

The reform process of the European Court of Human Rights, initiated by Protocols 11 and 14 to the European Convention on Human Rights, is presently the subject of further reflection by its State Parties. The activ-

¹ Ruşen Ergeç, Ph.D., is a Professor at the University of Luxembourg and an honorary member of the Brussels Bar in Belgium, e-mail: rusen.ergec@uni.lu. Professor Ergeç would like to thank Suzanne M. Larsen, B.A., J.D., LL.M, a Scientific Collaborator at the University of Luxembourg and licensed Attorney at Law in the States of New York and Washington, for her assistance with this paper.

ism of the Court in some areas, such as immigration and social security policies come under increasing criticism by scholars and States. However, the problems facing the Court are wider; they involve broad issues relating to the future status of the Court and its effectiveness as a human rights protection mechanism. The present article cannot address thoroughly with such complex issues. Rather, its aim is to offer an overview of recent developments subsequent to Protocol no. 14 to the Convention and to reflect upon prospects for deeper reforms with a view to streamlining the Court's functioning in the ever evolving European human rights protection context.

Keywords: *European Court of Human Rights, reform, future developments, necessity of change.*

The reform process of the European Court of Human Rights, initiated by Protocol Nos. 11 and 14 to the European Convention on Human Rights, is presently the subject of further reflection by its State Parties. The activism of the Court in some areas, such as immigration and social security policies come under increasing criticism by scholars and States.² However, the problems facing the Court are wider; they involve broad issues relating to the future status of the Court and its effectiveness as a human rights protection mechanism. The present article cannot address thoroughly with such complex issues. Rather, its aim is to offer an overview of recent developments subsequent to Protocol No. 14 to the Convention and to reflect upon prospects for deeper reforms with a view to streamlining the Court's functioning in the ever-evolving European human rights protection context. A full understanding of these developments requires some historical perspective.

² M. BOSSUYT, "Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations", *Human Rights Law Journal*, 2007, pp. 321-332; *idem*, "You cannot try them, you cannot detain them and you cannot deport them", *Journal des tribunaux*, 2012, pp. 352-355.

I. Historical Background

The Council of Europe, originally formed in 1949,³ was a uniquely European response to the horrors of the Second World War as well as an effort to combat the encroachment of communism resulting from the expansion of Soviet influence over Eastern Europe. The preamble to the Council of Europe's statutes is, in that respect, illuminating as it refers to, first, peace through justice and international cooperation, devotion to the spiritual and moral values common to Europe (the source of individual freedoms), political liberty, and the rule of law, all of which are essential to democracy (as understood in the Western Hemisphere) and social and economic progress, and then, second, to the need to create a closer association between the countries of Europe to achieve such progress. In furtherance of its mission to maintain peace and democracy, and being inspired by the Universal Declaration of Human Rights adopted by the United Nations on December 10, 1948,⁴ the Council of Europe developed the European Convention on Human Rights (hereinafter, the "ECHR").⁵ A careful examination of the ECHR's legislative history and its negotiation reveals its framers' intent to create an effective mechanism to secure to individuals the basic rights and freedoms that underpin democratic regimes and to forestall any initiative to destroy such regimes through the abuse of such rights. Further, overwhelmed by the gross violations of human rights that had occurred under totalitarian regimes, they wanted to prevent any further occurrence thereof in Europe.

Notwithstanding such laudable goals, the drafters' efforts to create a set of civil and political rights, which could be unanimously accepted by the State Parties, suffered from an inability to precisely define the scope of such rights. Thus, the ECHR's final text, as amended over time, remains

³ The original founders of the Council of Europe include: Belgium, Denmark, France, Ireland, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Norway, and Sweden, signing the original Statutes of the Council of Europe on May 5, 1949. Greece and Turkey joined shortly thereafter on August 9, 1949.

⁴ The current text of this Declaration can be found at <http://www.un.org/en/documents/udhr/history.shtml> (last visited February 01, 2013).

⁵ The current text of the ECHR can be found at http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D5CC24A7-DC13-4318-B457-5C9014916D7A/0/Convention_ENG.pdf (last retrieved February 01, 2013).

couched in vague terms as to the particular individual rights secured while the limitations thereto are subject to criteria to prevent arbitrary encroachments.

Because enumerating rights is, essentially, useless without an effective enforcement mechanism, the true cornerstone of the ECHR is the European Court of Human Rights (the “Court”) , which was—and remains—empowered to render binding judgments against the State Parties for their violations of the ECHR. Pursuant to Article 33 ECHR, the Court is authorized to hear petitions made by one State Party against another State Party for its alleged ECHR violations.⁶ But, going one step further, Article 34 ECHR gives individuals the right to directly petition the Court when a State Party’s acts or omissions violate that individual’s ECHR-protected rights.⁷ As it turns out, the framers’ trust in the State Parties’ willingness to bring actions, under Article 33, against their fellows proved misplaced. Such actions have been very rare indeed.⁸ Rather, it has been the individual applications brought pursuant to Article 34 ECHR which have come to the fore as the mainstay of enforcement of ECHR rights.

Specifically, the Old ECHR provided:

To ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the present Convention, there shall be set up:

1. A European Commission of Human Rights hereinafter referred to as ‘the Commission’;
2. A European Court of Human Rights, hereinafter referred to as ‘the Court’.⁹

⁶ Specifically, Article 33 ECHR provides

Any High Contracting Party may refer to the Court any alleged breach of the provisions of the Convention and the Protocols thereto by another High Contracting Party.

⁷ Specifically, Article 34 ECHR provides

The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation [*sic*] or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.

⁸ R. ERGEÇ, *Protection européenne et internationale des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 135.

⁹ Id.

The Old ECHR went on to define the roles of Article 19's Commission and Court in its Sections III and IV. Notably, only the State Parties and the Commission had the right to bring a case before the Court.¹⁰

With respect to the Commission, Article 24 gave the State Parties the power to "refer to the Commission, through the Secretary-General of the Council of Europe, any alleged breach of the [Old ECHR] by another [State Party]." Article 25, however, took the then-revolutionary step of allowing individuals to petition the Commission for redress of a State Party's breach of its obligations under the Old ECHR.¹¹ That right was substantially limited: Article 25, itself, limited such petitions to claims against State Parties that recognized the competence of the Commission to receive such petitions.¹² The protection afforded by such right of petition was further weakened by a requirement that all domestic remedies be exhausted before the Commission could address the matter, and then only if the petition was made within six months of the final domestic act.¹³ Finally, the Commission's authority was further prescribed by Article 27 Old ECHR,

¹⁰ Article 44 Old ECHR stated "Only the High Contracting Parties and the Commission shall have the right to bring a case before the Court."

¹¹ Article 25 Old ECHR provided:

1. The Commission *may* receive petitions addressed to the Secretary-General of the Council of Europe from any person, non- governmental organization or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in this Convention, *provided that the High Contracting Party against which the complaint has been lodged has declared that it recognizes the competence of the Commission to receive such petitions.* Those of the High Contracting Parties who *ve [sic]* made such a declaration undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.

2. Such declarations may be made for a specific period.

3. The declarations shall be deposited with the Secretary-General of the Council of Europe who shall transmit copies thereof to the High Contracting Parties and publish them.

4. The Commission shall only exercise the powers provided for in this article when at least six High Contracting Parties are bound by declarations made in accordance with the preceding paragraphs.

(Emphasis added).

¹² *Id.*

¹³ Article 26 Old ECHR stated "The Commission may only deal with the matter *after all domestic remedies have been exhausted*, according to the generally recognized rules of international law, and within a period of *six months from the date on which the final decision was taken.*" (Emphasis added).

which deprived it of authority to hear anonymous petitions, petitions addressing substantially the same matter previously considered by it or another procedure or international investigation or settlement (unless it contained new information) as well as petitions the Commission thought to be abusive or ill-founded, or if it was otherwise prohibited under Article 26 Old ECHR.¹⁴

Assuming that an individual's petition got beyond such initial jurisdictional hurdles, the Commission then had the authority to ascertain the facts of the matter and to facilitate a "friendly settlement" of the claims made in the petition.¹⁵ If such a settlement could not be reached, the Commission prepared a report to be submitted to the Committee of Ministers and the Secretary-General of the Council of Europe for publication.¹⁶ Thereafter, only one of a select group could decide to refer the matter to the Court,¹⁷ and then only within three months after the Commission acknowledged that efforts at friendly settlement had failed.¹⁸ If none of the authorized parties referred the matter to the Court within the prescribed period, the Committee of Ministers could act on the Commission's report, but it could only find that a State Party violated the ECHR by a superma-

¹⁴ Article 27 Old ECHR stated

1. the Commission shall not deal with any petition submitted under Article 25 which
 - (a) is anonymous, or
 - (b) is substantially the same as a matter which has already been examined by the Commission or has already been submitted to another procedure or international investigation or settlement and if it contains no relevant new information.
2. The Commission shall consider inadmissible any petition submitted under Article 25 which it considers incompatible with the provisions of the present Convention, manifestly ill-founded, or an abuse of the right of petition.
3. The Commission shall reject any petition referred to it which it considers inadmissible under Article 26.

¹⁵ Article 28 Old ECHR.

¹⁶ Article 31 Old ECHR

¹⁷ Article 48 Old ECHR, which provides, that if Contracting States have either consented to or otherwise acknowledged the Court's jurisdiction, then only (a) the Commission; (b) the Contracting State whose national is alleged to be a victim; (c) the Contracting State which referred the case to the Commission; or (d) the Contracting against which the complaint has been lodged, may refer the matter to the Court.

¹⁸ Article 47 Old ECHR

jority vote,¹⁹ which finding – together with the action ordered to rectify the breach – was binding on the State Parties.²⁰

Initially, the Commission only referred complex legal issues to the Court, such that its case load was quite light in its early years.²¹ Other explanations for the Court's general lack of activity in those early years could be, on the one hand, that its existence, and that of the ECHR itself, was not widely known in the State Parties, and on the other hand, that the ECHR and its Court generated little interest in academic and judicial circles. For example, France did not ratify the ECHR until 1974 and the United Kingdom did not incorporate it into its domestic legal order until 1998, through its Human Rights Act.

The Court acted within a favorable environment of a club of 9 democracies, except for the case of Turkey, a fragile democracy, which did not recognize the right of individual application until 1990.

Despite its initially lackluster case load, the Court took the rights it was intended to protect seriously from the very outset. In the *Belgian linguistic case*, it had to deal with a very complex issue of coexistence between Belgium's linguistic communities. Belgium objected to the jurisdiction of the Court to pass judgment on issues that pertain to the constitutional order of the state. The reserved domain demurrer was rejected with the argument that such issues concerned the interpretation and application of the ECHR.²²

The landmark case in the development of the Court's jurisprudence was the *Golder v. United Kingdom* case,²³ which inaugurated a decisive dynamic by affirming that the right to a fair trial under Article 6 implicitly required a right of access to a court of law. This approach would be progressively buttressed by later judgments such as the *Airey* case,²⁴ where

¹⁹ Article 32(1) Old ECHR.

²⁰ Article 32(4) Old ECHR.

²¹ For the historical evolution of the ECHR's system, see ED BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010.

²² Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium", 9 February 1967.

²³ *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975

²⁴ *Airey v. Ireland*, 9 October 1979, at Paragraph 24.

the Court, stating that the ECHR secures rights which are “practical and effective”,²⁵ recognized the right to judicial assistance for persons bringing a case before any court of law in civil cases, although Article 6(3)(c) ECHR, on the right to a fair trial, limited such a right to criminal matters.

Progressively, the Court has assumed a constitutional role, adopting an expansive and liberal interpretation of the admittedly vague substantive clauses of the ECHR in light of the then-current circumstances. In that way, the ECHR became a “living instrument,” able to adapt to unforeseen and unanticipated situations.

The milestones of Court’s activism were thus set in the early phase of Court’s operation. The Court was then caught in an irreversible wave: as applications increased, so did the diversity of cases. The vague terms of the ECHR allowed the Court to encompass a broad range of cases within the ambit of substantive clauses of the ECHR, so that nowadays, Strasbourg jurisprudence covers almost all branches of law. In an attempt to increase the effectiveness of the protections afforded by the ECHR, the Court held, in *X and Y v. the Netherlands*,²⁶ that State Parties have a positive duty to secure for their citizenry the effective enjoyment of the protected rights. In that regard, it devised procedural guarantees to curb arbitrary interference with them, such as, a right to an appeal to an independent authority, a right to be heard, a duty to conduct effective inquiries in cases of violations of Article 2 ECHR (right to life) and Article 3 ECHR (prohibition of torture).²⁷

Another major step forward in increasing the effectiveness of the ECHR was the recognition of the binding force of interim measures ordered by the Court pursuant to Rule 39 of the Rules of the Court. Although such measures had no explicit basis in the ECHR, the Court held that the breach of such measures in cases of extradition or expulsion to a country where the life or physical safety of the applicant would be at risk (in violation of Articles 2 and 3), would hinder the effective exercise of an individual’s right to apply to the Court for redress under Article 34 ECHR.²⁸

²⁵ *Id.*

²⁶ *X and Y v. the Netherlands*, 26 March 1985.

²⁷ ERGEÇ, *Protection...*, p. 183.

²⁸ See, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], nos. 46827/99 and 46951/99. *YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)*

Enlarging the Council of Europe to include the newly-created democracies of Central and Eastern Europe after the fall of communism in 1990 had several impacts on the Court. First, their inclusion was a primarily political process, and some critics warned that their precipitous inclusion had been undertaken without a thorough scrutiny of their readiness to comply with the common standards elaborated by the Court.²⁹ It was feared that the Court would adopt flexible standards, thereby diluting protected rights, when asked to judge the activities of these newly-created democracies. However, the Court did not bow to such pressure; rather, it continued to vigorously enforce the rights protected by the ECHR. In that regard, many of the new State Parties, particularly Russia and Ukraine (not to mention the smaller ones)³⁰ encountered serious difficulties in terms of the rule of law, democracy, and the independence of the justice. Marred with armed conflicts in the Caucasus, these countries, together with Turkey once it accepted the jurisdiction of the Court, contributed to a considerable increase in the Court's workload, which was frequently called upon to address serious and grave violations of Articles 2 and 3 ECHR based upon highly complex fact patterns.

The world in which the Court had been created, and in which it had operated for more than three decades, was under siege. The original club of traditional democracies has been confronted with serious cracks in the very foundation of the Court. For example, the quality of the Court's judges, which had been considered an *acquis*, came into serious question.³¹

With jurisdiction over 800 million people in 47 countries, all with different historical and cultural backgrounds and differing legal systems,

²⁹ P. LEUPRECHT, "Albert Weitzel et l'adhésion de la Russie au Conseil de l'Europe" in *Mélanges en hommage à Albert Weitzel. L'Europe des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2013 (to be published).

³⁰ According to Freedom House, Azerbaijan and Russia are classified as "not free", whereas Armenia, Georgia, Macedonia, Moldova, Ukraine, and Turkey are ranked as "partially free" (*Freedom in the World*, 2012, www.freedomhouse.org).

³¹ See, e.g., the Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights, December 2005, presented by The Right Honourable [*sic*] The Lord Woolf (hereinafter the "Lord Woolf Report") found at <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/40C335A9-F951-401F-9FC2-241CDB8A9D9A/0/LORDWOOLFREVIEWONWORKINGMETHODS.pdf> (last retrieved February 07, 2013).

the Court simply cannot fully implement general standards inherent in the Western concept of democracy and rule of law. The problem must be dealt with in its deep roots. An extended political and cultural effort is needed, in problem countries with vast populations, to change traditions, mentalities, and the mindset of not only authorities, but also vast fringes of the population. A gargantuan task!

These factors did not break the dabs of activism by the Court. On some topics, the Court exercised some restraint with respect to the question of minority protection under the ECHR by finding that the ECHR does not guarantee a right to linguistic freedom.³² But on other issues, such as immigration, the Court made remarkable inroads, seriously curtailing the State Parties' prerogatives at a time of massive immigration to some western countries. Supported by its traditionally generous interpretation of the concept of "possessions" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1 ECHR relating to the right to property, together with Article 14 prohibiting discrimination, the Court entered into the fray, particularly in the area of social security rights. While recalling that, on the one hand, State Parties enjoy a wide margin of appreciation (that is, broad discretion) in economic and social matters, the Court did not hesitate to enforce social security rights against the State Parties. Such judicial activism by the Court, particularly when viewed in the context of the serious economic difficulties facing State Parties, has attracted critics not only from the affected State Parties, but also from distinguished authors.³³ The Court's work, which had been almost universally hailed by scholars who exhorted the Court to go even further, now faces increasing scrutiny and criticism, something that was virtually unimaginable a short decade ago.

On the one hand, the Court once stated that its judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19).³⁴

³² *Kemal Taskin and others v. Turkey*, 2 February 2010.

³³ See footnote 2, *supra*.

³⁴ *Ireland v. the United Kingdom* 18 January 1978, § 154.
YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

But, on the other hand, it also developed its now well-known doctrine, the “margin of appreciation” granted to State Parties, the exact contours of which remain, at best, ill-defined. Coupled with this doctrine, is the assertion that the Court is not a Court of fourth instance exercising appellate jurisdiction over national courts. However, the ever-broadening scope of the rights protected by the ECHR, and the very nature of some of those rights, have forced the Court to conduct complex analyses of both domestic law and the facts.³⁵ It is often a time-consuming process leading to lengthy judgments. The application of substantive clauses of the ECHR to contentious issues between private parties, the so called *Drittwirkung* doctrine, have led to decisions regarding the validity of clauses inserted in a will or a lease agreement.³⁶ Few issues of domestic law escape the jurisdiction of the Strasbourg court. Even EU law, to a limited extent, can be reviewed by the Court.³⁷ Moreover, Protocol No. 12 ECHR, which guarantees equality before the law, opens up the possibility that the Court could be asked to review *any act* of a State Party that has allegedly applied *any law* in a discriminatory manner, which represents an extraordinary expansion of the Court’s jurisdiction, well beyond the specified rights in the ECHR itself. These developments raise questions about the very nature of the Court: originally conceived as an international court called upon to cautiously interpret limitations on state sovereignty, has it now become a pan-European constitutional court or appellate court? The question is largely academic. Suffice it to say that the Court’s jurisprudence achieved a high degree of human rights protection in Europe, contributing sensitively to strengthening of the rule of law.

The ever-increasing media attention paid to the Court’s activity, coupled with structural problems of enforcement of ECHR rights in some important countries, has engendered a massif influx of individual applications to Strasbourg. It is common ground that many citizens, who are total-

³⁵ By stating that deprivation of liberty should be effected “in accordance with a procedure prescribed by law”, Article 5 ECHR invites the Court to conduct review under the concerned domestic law. The Court cannot but assume appellate jurisdiction. Findings of breaches of right to life and the physical integrity require close scrutiny of facts.

³⁶ See references footnote 105.

³⁷ Judgment, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* (Grand Chamber)], 30 June 2005.

ly unaware of the admissibility requirements for Court review but otherwise eager to challenge a state measure, will threaten “I am ready to go to the Strasbourg Court if necessary”. While the Court may consider itself a pan-European constitutional court (which explains why, on average, 95% of the individual applications for Court review are declared inadmissible), in the mind of many of the 800 million people protected by the ECHR, the Court is perceived as the last court available to protect them from the vagaries of their governments and that it actively seeks to do so. The result is that, regardless of whether the Court is a constitutional court or a full-blown appellate court, the Court is a now victim of its own undisputable success: the Court suffers from an ever-greater backlog due to its popularity with the people.

Some parallel developments at the Court of Justice of the European Union, formerly known as the European Court of Justice (hereafter, the “CJEU”)³⁸ may prove instructive. Just as the Strasbourg Court did, the Luxembourg Court assumed, from the very beginning, an “activist” role with a view to deepen integration between the EU Member States: the CJEU found that EU law had both a direct effect on, and primacy over, domestic law and it prohibited any hindrance of the common market inherent in domestic law. The Court went out of its way to protect the rights of “European Union citizens”³⁹ against encroachments by EU authorities and domestic authorities when acting in the field of EU law. Also like the Strasbourg Court, the Luxembourg Court’s judicial activism attracted some critics.⁴⁰

³⁸ Article 19(1) TEU provides: “The Court of Justice of the European Union shall include the Court of Justice, the General Court and specialized courts.” At present, the only specialized court has been established pursuant to Article 62(c) of Protocol No. 3 TFEU, described in Annex I thereto, is the European Union Civil Service Tribunal (hereafter the “Civil Service Tribunal”).

³⁹ Article 20(1) TFEU provides, in relevant part: “Citizenship of the Union is hereby established. Every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union.”

⁴⁰ D. TAMM, “The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin”, in Court of Justice of the European Union (ed.). *The Court of justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, Amazon Kindle, locations 362-72.

However, the Luxemburg Court is far from being at risk of paralysis. Thanks to several reforms included in the TEU and TFEU, including the establishment of the General Court (formerly known as the Court of First Instance)⁴¹ and the Civil Service Tribunal,⁴² the CJEU now tends to focus on major issues of law, assuming a quasi-constitutional function, although it has experienced a recent increase in its case load. Moreover, individual access to the CJEU is generally more restrictive than to Strasbourg court. There is no direct recourse to the Court of Justice; except in those circumstances in which the Court of Justice has original jurisdiction to hear a matter,⁴³ matters brought before the CJEU are first considered by the General Court and, if one of the parties authorized to appeal the decision of the General Court chooses to do so, an appeal may be made to the Court of Justice⁴⁴ only with respect to points of law.⁴⁵ The Court's core task is to address requests for preliminary rulings made by domestic courts pursuant to Article 267 TFEU, but its judgments are mainly limited to issues of law leaving the ascertainment of facts to the national judicial process. Often, the CJEU's preliminary rulings give broad guidelines to national courts, leaving them broad discretion to implement the ruling of the CJEU.

Of course, the context in which the CJEU operates is quite different from that of the Court. The EU institutions, as well as the 27 EU Member States that were subject to strict political and legal scrutiny pending their initial admission to the EU, offer a more cohesive legal order in terms of democracy and the rule of law than the larger group of 47 State Parties. Furthermore, the scope of this legal order is more limited than those with which the Strasbourg Court is confronted.

To what extent the impending accession of the EU to the ECHR will impact this system's functioning as well as its interaction with the Strasbourg Court remains to be seen. Although perceived as a logical solution for a long time, such accession will critically complicate the protection of human rights in the EU. Moreover, it will pose new challenges to the

⁴¹ See, e.g., ex Articles 220 and 224 TEC.

⁴² See footnote 39, *supra*.

⁴³ See, e.g., Articles 269 and 273 TFEU and Article 51 of Protocol No. 03 TFEU.

⁴⁴ Article 56 of Protocol No. 3 TFEU.

⁴⁵ Article 58 of Protocol No. 3 TFEU.

Strasbourg Court that cannot be examined within the limited scope of this study.

The ECHR's State Parties, aware of the difficulties confronting the Strasbourg Court, have undertaken a variety of reforms since 1998. A latest wave of reform is currently under way. Whether these reforms will timely and thoroughly address the Court's problems will be discussed in the next section.

II. Progressive reforms

Protocol No. 11, signed in 1994 and entered into force in 1998, was the first step in an attempt to deal with the increasing workload of the ECHR's supervisory machinery. At that time, the Commission had accumulated a considerable backlog of cases so that it took on average over 5 years for a case to be finally determined by the Court or the Committee of Ministers.

The Netherlands and Sweden joined forces to propose a modification to the existing two-tier system of review: they suggested that the Commission be transformed into a court of first instance, with only discretionary (as opposed to automatic) appeals to the Court. Their proposal was rejected. In lieu thereof, the State Parties adopted Protocol No. 11, which abandoned the original two-tier review system (*i.e.*, first review by the Commission, then appeal to the Court by limited parties) in favor of a single, full-time Court, which modification was intended to "improve efficiency and shorten the time taken for individual applications, at minimum cost".⁴⁶

It might seem counterintuitive to suggest that a single Court, rather than the former two-tier system, could improve efficiency and shorten the time needed to address the ever-increasing number of individual applications under the ECHR. But, Protocol No. 11 first defined the role of the plenary Court,⁴⁷ then established committees (three judges), Chambers

⁴⁶ Council of Europe: Explanatory Report to Protocol No. 11.

⁴⁷Specifically, Protocol No. 11 amended Article 26 ECHR to state:

Article 26 – Plenary Court

The plenary Court shall:

- a. elect its President and one or two Vice-Presidents for a period of three years; they may be re-elected;
- b. set up Chambers, constituted for a fixed period of time;
- c. elect the Presidents of the Chambers of the Court; they may be re-elected;

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

(seven judges), and a Grand Chamber (17 judges) within that plenary Court.⁴⁸ As an initial step, committees were given authority to declare an individual application made pursuant to Article 34 ECHR inadmissible, which unanimous committee decision was final.⁴⁹ If no such inadmissibility declaration was made, then the matter was brought to a Chamber, which was authorized to decide on both the admissibility and merits of the case.⁵⁰ Thereafter, unless the Chamber relinquished jurisdiction of the particular case to the Grand Chamber (which could only be done if the case was sufficiently important and none of the parties objected),⁵¹ the judgment of the Chamber on the matter became final,⁵² except that – in exceptional cases – a party could request a referral of the case to the Grand Chamber.⁵³ Such requests for referral were only to be granted if a panel of

d. adopt the rules of the Court; and e. elect the Registrar and one or more Deputy Registrars.

⁴⁸ Specifically, Protocol No. 11 amended Article 27 ECHR to state:

Article 27 – Committees, Chambers and Grand Chamber

1. To consider cases brought before it, the Court shall sit in committees of three judges, in Chambers of seven judges and in a Grand Chamber of seventeen judges. The Court's Chambers shall set up committees for a fixed period of time.

2. There shall sit as an *ex officio* member of the Chamber and the Grand Chamber the judge elected in respect of the State Party concerned or, if there is none or if he is unable to sit, a person of its choice who shall sit in the capacity of judge.

3. The Grand Chamber shall also include the President of the Court, the Vice-Presidents, the Presidents of the Chambers and other judges chosen in accordance with the rules of the Court. When a case is referred to the Grand Chamber under Article 43, no judge from the Chamber which rendered the judgment shall sit in the Grand Chamber, with the exception of the President of the Chamber and the judge who sat in respect of the State Party concerned.

⁴⁹ Article 28 ECHR as included in Protocol No. 11.

⁵⁰ Article 29(1) ECHR as included in Protocol No. 11.

⁵¹ Specifically, Article 30 ECHR as included in Protocol No. 11 provided:

Where a case pending before a Chamber raises a serious question affecting the interpretation of the Convention or the protocols thereto, or where the resolution of a question before the Chamber might have a result inconsistent with a judgment previously delivered by the Court, the Chamber may, at any time before it has rendered its judgment, relinquish jurisdiction in favour [*sic*] of the Grand Chamber, unless one of the parties to the case objects.

⁵² Article 44 ECHR as included in Protocol No. 11.

⁵³ Article 43(1) ECHR as included in Protocol No. 11.

five judges of the Grand Chamber found that “the case raise[d] a serious question affecting the interpretation or application of the Convention or the protocols thereto, or a serious issue of general importance”.⁵⁴ Only then was the Grand Chamber authorized to hear the case and issue a judgment thereon.⁵⁵

Had the framers of Protocol No. 11 opted for one tier system for the examination of individual applications with the single Court consisting solely of the Grand Chamber of 17 judges operating with the same criteria for the current leave to appeal being transposed to the admissibility of individual applications, the problems looming over the Court would have been solved to a great extent. The Court would be acting as an authentic Constitutional Court along the lines of the US Supreme Court.

However, the State Parties’ steadfast attachment to the individual’s right to seek redress from the Court led them to not only leave the conditions of admissibility set out in the ECHR intact, but to expand the right by forcing all State Parties to accept the compulsory jurisdiction of the Court to hear such petitions, in accordance with the existing admissibility conditions.

Thus, after the adoption of Protocol No. 11, the Court’s workload continued to grow. Since then, the Court has undergone several audits; among the results thereof, the Lord Woolf Report deserves particular mention.⁵⁶ That review, conducted at the invitation of the Secretary General of the Council of Europe and the President of the Court,⁵⁷ suggested several administrative steps that could be taken without amending the ECHR.

⁵⁴ Article 43(2) ECHR as included in Protocol No. 11.

⁵⁵ Article 43(3) ECHR as including in Protocol No. 11.

⁵⁶ See footnote 31, *supra*.

⁵⁷ Specifically, that invitation requested a review on the following terms:

To consider what steps can be taken by the President, judges and staff of the European Court of Human Rights to deal most effectively and efficiently with its current and projected caseload, and to make recommendations accordingly to the Secretary General of the Council of Europe and to the President of the Court. The Lord Woolf Report, introductory page.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

Neither the ECHR nor the Rules of the Court⁵⁸ specify the form or object of an individual application; the use or assistance of legal counsel is not required. Thus, a simple fax or letter may suffice. The Lord Woolf Report suggested that it should be the responsibility of the individual applicant to submit a properly completed application form, and to provide the Court with all the information required for processing the application. Such reform has still to be implemented. But, seemingly, the fear not to complicate by “cumbersome” formalities the free exercise of the right of individual application prevails. While such formalities are widespread in domestic legal orders, especially before supreme courts, it is hard to understand why they are not imposed at the level of the Court.

The Lord Woolf Report also suggested creating satellite offices of the registry in those countries that produce a high number of inadmissible applications to diffuse information on admissibility criteria as well as the development of alternative measures of dispute settlement (*i.e.*, an Ombudsman). The creation of satellite offices encounters difficulties since it would stretch too far the already overloaded the Registry’s personnel. The suggestion to foster friendly settlements before the Court was welcomed through, among others, the development of unilateral declarations.⁵⁹

The Lord Woolf Report further urged the Court to make more frequent use of pilot judgments⁶⁰ to deal with repetitive cases. The subsequent practice of the Court demonstrates the Court’s favorable response to that suggestion. When substantially similar cases are pending before the Court or risk being brought before it due to systemic or structural shortcomings in the domestic legal order, the Court delivers a judgment indicat-

⁵⁸ The Rules of Court may be found at http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6AC1A02E-9A3C-4E06-94EF-E0BD377731DA/0/REGLEMENT_EN_2012.pdf (last retrieved February 07, 2013).

⁵⁹ Whereby the defendant State admits the breach of the ECHR and offers adequate redress.

⁶⁰ See Rule 61 of the Rules of Court, which describes the pilot judgment procedure to be used where the facts of an application reveal in the Contracting State concerned the existence of a structural or systemic problem or other similar dysfunction which has given rise or may give rise to similar applications found at

http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/853E5F72-020B-4C47-B19F-F269B05D3F70/0/Article_61_Pilot_judgment_procedure.pdf (last retrieved February 07, 2013)

ing those structural measures and remedies necessary to deal with them at domestic level.⁶¹ If such reforms are implemented to the satisfaction of the Court and within the delay indicated by it, the Court strikes out the relevant cases.

Finally, in the section entitled “Judicial Development,” the Lord Woolf Report alluded to the nascent problem of the quality of some judges, recommending both a formal induction program for new judges and, as necessary, intensive language training in the official languages of the Court, English and French.⁶² This would make it more likely that judges were able to start off “on the right foot”. Such dodgy reform for the image of the Court has not been implemented, but some reforms have since been introduced in the selection process of the judges. We will deal with this question later.

Even before the Lord Woolf Report was published, it was evident that the ever-increasing workload of the Court needed deeper reforms entailing amendments to the ECHR. Such was the purpose of Protocol No. 14, which was originally signed on May 13, 2004, but did not enter into force until June 1, 2010, due to Russian opposition. Protocol No. 14 streamlined the individual application filtering mechanism by granting to single judges, acting with the assistance of rapporteurs, the power to declare individual applications inadmissible or strike them from the Court’s roles if no further examination was required, which rulings are final.⁶³ Ac-

⁶¹ *Broniowski v. Poland* (Grand Chamber), 22 June 2004.

⁶² The Lord Woolf Report, page 65.

⁶³ In Protocol No. 14, old Article 24 as included in Protocol No. 11 was deleted in its entirety and old Article 25 as included in Protocol No. 11, was renumbered as Article 24 ECHR. New Article 24 ECHR, now reads as follows:

Article 24 – Registry and rapporteurs

1. The Court shall have a registry, the functions and organisation [*sic*] of which shall be laid down in the rules of the Court.

2. When sitting in a single-judge formation, the Court shall be assisted by rapporteurs who shall function under the authority of the President of the Court. They shall form part of the Court’s registry. Further, old Article 27 as included in Protocol No. 11, was renumbered at Article 26 ECHR. New Article 26(1) ECHR, established the single-judge formation, and reads as follows:

Article 26 – Single-judge formation, committees, Chambers and Grand Chamber
YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

cordingly, if the single judge did not declare the case inadmissible or strike it, that judge was obligated to forward the case either to a committee (three judges) or a Chamber (seven judges). Thereafter, Protocol No. 14 established that a committee, if not declaring the application inadmissible, could declare it admissible and simultaneously render a judgment on the merits only “if the underlying question in the case, concerning the interpretation or the application of the Convention or the Protocols thereto, is already the subject of well-established case-law of the Court.”⁶⁴

Moreover, Protocol No. 14 adopted a new condition of admissibility, perhaps inspired by the maxim *de minimis non curat praetor*: subparagraph (b) was added to Article 35(3) ECHR, which already required the Court to dismiss certain individual applications, to require such inadmissibility declarations when the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal.⁶⁵

It remains to be seen if this provision, with its assorted exceptions, will lead to effective filtering. It was, however, a first step towards elevating the status of the Court above a simple fourth instance court.

Protocol No. 14 did not simply address the Court’s workload; it also addressed ongoing execution and enforcement issues relating to the Court’s judgments. As adopted in Protocol No. 11, Article 46 ECHR—enti-

1. To consider cases brought before it, the Court shall sit in a single-judge formation, in committees of three judges, in Chambers of seven judges and in a Grand Chamber of seventeen judges. The Court’s Chambers shall set up committees for a fixed period of time. Finally, Protocol No. 14 inserted an entirely new Article 27 ECHR, which reads as follows:

Article 27 – Competence of single judges

1. A single judge may declare inadmissible or strike out of the Court’s list of cases an application submitted under Article 34, where such a decision can be taken without further examination.
2. The decision shall be final.
3. If the single judge does not declare an application inadmissible or strike it out, that judge shall forward it to a committee or to a Chamber for further examination.

⁶⁴ Article 28 ECHR as included in Protocol No. 14.

⁶⁵ Article 35(3)(b) ECHR as included in Protocol No. 14.

tled “Binding force and enforcement of judgments”—obligated the Committee of Ministers to supervise the execution of the Court’s judgments.⁶⁶ Protocol No. 14 added three new paragraphs to Article 46 ECHR.⁶⁷ As amended, by a majority vote of two-thirds of its members, the Committee of Ministers is now entitled to refer back to the Court one of its final judgments if its interpretation hinders the Committee’s supervisory task;⁶⁸ similarly, after notice to the State Party and the same supermajority vote, the Committee of Ministers may also refer to the Court the question whether that State Party has failed to abide by the Court’s judgment.⁶⁹ However, if the Court finds such a failure, the Court is not given authority to impose sanctions on the State Party. Rather, the Court must refer the

⁶⁶ Specifically, Article 46 ECHR as included in Protocol No. 11 stated, in its entirety:

Article 46 – Binding force and execution of judgments

1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.
2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, *which shall supervise its execution*. (Emphasis added).

⁶⁷ Protocol No. 14 amended and restated Article 46 ECHR in its entirety, as follows:

Article 46 – Binding force and execution of judgments

1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.
2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution.
3. If the Committee of Ministers considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment, it may refer the matter to the Court for a ruling on the question of interpretation. A referral decision shall require a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee.
4. If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil [*sic*] its obligation under paragraph 1.
5. If the Court finds a violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken. If the Court finds no violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers, which shall close its examination of the case.

⁶⁸ Article 46(3) ECHR.

⁶⁹ Article 46(4) ECHR

case back to the Committee of Ministers to consider appropriate measures.⁷⁰ Perhaps, it would have been wiser to empower the Court to impose sanctions at the time it announces its findings (e.g., a per diem fine for each day the State Party's failure continues).

Finally, in a welcome change, Protocol No. 14 modified the term of office for judges (a single, non-renewable term of nine years) and instituted an automatic termination of a judge's term at age 70.⁷¹ Prior to Protocol No. 14, a judge was elected for an initial six-year term, and could be re-elected indefinitely. Given that the Court's practice of issuing individual opinions permitted the public to discern a particular judge's predispositions, the reelection procedure seriously threatened the independence of judges wishing to be reelected, as their governments were in a position to decide whether or not to resubmit them as a potential judge on its list of three candidates every six years.

III. Initiatives after Protocol No. 14

As the State Parties were well aware that Protocol No. 14 was not sufficient to remedy the impending Court crisis, they established, in 2005, the so-called "Group of Wise Persons" (hereinafter the "Group"). The Group was asked to submit proposals going beyond the changes adopted in Protocol No. 14, "while preserving the basic philosophy underlying the Convention". The Group's understanding of that "basic philosophy" became clear in the foreground of the Group Report:⁷² "The right of individual

⁷⁰ Article 46(5) ECHR

⁷¹ Protocol No. 14 amended and restated in its entirety Article 23 ECHR, to read as follows:

Article 23 – Terms of office and dismissal

1. The judges shall be elected for a period of *nine years*. *They may not be re-elected.*
2. The terms of office of judges *shall expire when they reach the age of 70.*
3. The judges shall hold office until replaced. They shall, however, continue to deal with such cases as they already have under consideration.
4. No judge may be dismissed from office unless the other judges decide by a majority of two-thirds that that judge has ceased to fulfil [*sic*] the required conditions.

(Emphasis added).

⁷² The Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, dated November 15, 2006, (hereinafter the "Group Report") can be found at <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM>

application is today both an essential part of the system and a basic feature of European legal culture in this field.” Yet the Group recognized the “constitutional role” of the Court and stressed that due to the exponential increase in the number of individual applications the system was “in danger of collapsing.” The Group rightly underlined that “there is a fundamental conflict between the size of the population who have access to the Court with the right to lodge an individual application and the Court’s responsibility as the final arbiter in human rights matters for so many different states.”

Still, the right of individual application was left intact. A system requiring “leave to appeal” or a writ of certiorari used by the US Supreme Court was rejected. The Group was a prisoner of its mandate.

Some of the Group’s proposals simply rehashed various points already aired in different debates: reinforcement of national remedies for breaches of the ECHR in accordance with the principle of subsidiary, which, in turn, called for enhanced authority of the Court’s judgments in the State Parties; the possibility of giving the Court authority to issue advisory opinions to domestic courts; the usefulness of pilot judgment procedures together with friendly settlements and mediation; and increasing the role of the Commissioner of Human Rights.

Some of the Group’s other proposals, on the other hand, were more innovative. For example, the Group proposed greater flexibility in reforming the judicial machinery: the current ECHR amendment procedure requires the unanimous consent of the legislatures of all 47 State Parties. The Court’s right to adopt its own rules does not leave much room for structural reform. The Group, inspired by the EU court system, proposed that provisions of the ECHR that pertain to monitoring and procedural issues (*i.e.*, the “Statute of the Court”) be left to the Committee of Ministers entitled to bring amendments to the Convention with the agreement of the Court.

According to the Group, the creation of a new organ, a “Judicial Committee”, would streamline the filtering mechanism. Although, as proposed, it would be organically and administratively linked to the Court, it would consist of independent judges, the number of which would be infe-

(2006)203&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75 (last retrieved February 7, 2013) (CM(2006)203 , 15 November 2006).

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

rior to that of Court's judges (currently 47 judges according Article 20 ECHR).⁷³ The Judicial Committee would discharge duties currently assigned to the committees of the Court. One might wonder whether the creation of such a judicial Committee would not simply shift the committees' workload to the newly-created Judicial Committee, which—unless it is equipped with adequate staff—might encounter the same financial problems that currently assail the Council of Europe.

More persuasive was the Group's proposal to transfer to domestic courts the determination of the amount of any just satisfaction awarded by the Court. Indeed, it seems odd to ask the Court, which acts at a pan-European level to resolve complex issues relating to the national laws of 47 State Parties, to venture into the cumbersome and complicated calculation of monetary damages.

The Group also proposed, in line with its proposal to create a Judicial Committee, a reduction in the number of Court judges, thereby "bringing it into line with the Court's functional requirements and the need to ensure consistency of case-law". The principle of one judge per State Party becomes impracticable at a certain point, which point was reached long ago for the Strasbourg Court. Provided that an efficient system of rotation is devised to accommodate small State Parties and to assure adequate geographical representation, changing the one judge per State Party rule should cease to be a taboo subject. The structure of other international courts, such as the Interamerican Court of Human Rights, could serve as example.

The proposals offered by the Group "did not stop the continuing, political evaluation of the Court's efficacy; the Council of Europe organized a series of High Level Conferences to consider what should be done. The first such High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights was held on February 18-19, 2010. At the conclusion of the conference, the conference participants issued the Interlaken Declaration, dated February 19, 2010.⁷⁴ The Interlaken Declaration sought to create a roadmap for the reforms needed to ensure the long-term effectiveness of

⁷³ Article 20 ECHR sets the number of judges at the number of Contracting States.

⁷⁴ The Interlaken Declaration can be found at

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/conferenceizmir/INTERLAKEN%20DECLARATION%20final_en.pdf (last retrieved on February 7, 2013).

the ECHR's control mechanisms. The Declaration took up many of the earlier proposals, especially those of the Group, with the notable exceptions of the Group's proposals to create a Judicial Committee and to reduce of the number of judges, and to refer the calculation of just satisfaction awards to domestic courts.

The Interlaken Declaration reaffirmed the State Parties' commitment to the individual's right to petition the Court, while placing a special emphasis on the principle of subsidiarity with the intent of limiting the activism of the Court. The latter was "invited" to "avoid reconsidering questions of fact or national law that have been considered and decided by national authorities, in line with its case-law according to which it is not a fourth instance court."⁷⁵ The Court was also politely admonished to ensure the clarity and consistency of its case-law to "uniformly and rigorously apply the criteria concerning admissibility and [the Court's] jurisdiction".⁷⁶ The Interlaken Declaration further called upon the State Parties to ensure that (i) the judges sent to the Court fully satisfied the criteria for holding the office, including proficiency in one of the office languages, and (ii) the Court's composition should comprise the necessary practical legal experience.⁷⁷ All those qualifications should be considered along with the practice of the Parliamentary Assembly's target of 40% women in the composition of the Court, currently reached.⁷⁸

The Interlaken Declaration put heavy emphasis on improving the Committee of Minister's supervision of the execution of judgments. In that regard, the State Parties were admonished to focus more on structural flaws in domestic legal orders that call for the establishment of effective legal remedies.

Through its Declaration, the Interlaken Conference vowed to continue the evaluation process until 2019 and assess then whether more structural reforms would still be needed.

⁷⁵ The Interlaken Declaration at Paragraph 9(a).

⁷⁶ Id. at Paragraph 9(b).

⁷⁷ Id. at Paragraph 8(a).

⁷⁸ In its advisory opinion of 12 February 2008, the Court stated that the practice of the Parliamentary Assembly rejecting systematically lists of candidate judges not containing at least a candidate of underrepresented sex was incompatible with the Convention.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

A second High Level Conference was held in Izmir on April 26-27, 2011. Again, at the end of the conference, the conference participants issued a declaration (the “Izmir Declaration”).⁷⁹ For the first time since the introduction of Protocol No. 14’s *de minimis* limitation, the right of individual application was put into question by the Declaration’s “invitation” to the Committee of Ministers to “continue to examine the issue of charging fees to applicants and other possible new procedural rules or practices concerning access to the Court”.⁸⁰ Interestingly, striking a new note, the Izmir Conference focused on the Court’s increasing involvement on immigration issues.⁸¹ After first stressing that “the Court is not an immigration Appeals Tribunal or a Court of fourth instance”, the Izmir Declaration went on, in an attempt to stem the tide of interim measures issued by the Court, to underscore the importance of fair, rapid, and effective national relief mechanisms, with suspensive effect if necessary, to prevent the risk of expulsions or extraditions in breach of the ECHR.⁸²

The Declaration further invited the Court to engage in the daunting task of establishing and making public foreseeable rules “concerning the application of Article 41 of the Convention, including the level of just satisfaction which might be expected in different circumstances.”⁸³

Finally, the Court was admonished, ever so politely, to ensure that decisions to refuse such requests – issued by the five-judge panels called to review requests for referral of cases to the Grand Chamber – are clearly reasoned in order to avoid repetitive requests.⁸⁴

The third High Level Conference was held in Brighton on April 19-20, 2012. This conference was preceded by severe criticism by British Prime Minister of the Court’s jurisprudence on immigration and other issues involving the UK, particularly a convicted prisoner’s right to vote.⁸⁵

⁷⁹ The Izmir Declaration can be found at <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/conferenceizmir/Declaration%20Izmir%20E.pdf> (last retrieved February 8, 2013).

⁸⁰ The Izmir Declaration, at Implementation Paragraph 2(a).

⁸¹ See, e.g., the Izmir Declaration, Follow-up Plan, Paragraph A(3).

⁸² *Id.*

⁸³ *Id.* at Follow-up Plan, Paragraph F(2)(d).

⁸⁴ *Id.* at Follow-up Plan, Paragraph F(2)(e).

⁸⁵ Judgment, *Hirst v. the United Kingdom (n 2)* (Grand Chamber), 6 October 2005.

Some feared that, in response to such sharp criticism, the Court's jurisdiction might be curtailed. However, in the declaration issued by the Brighton conference participants at the end of their conference (the "Brighton Declaration"),⁸⁶ the conference participants did not go that far. Rather, the Brighton Declaration reiterated the State Parties' attachment to the individual application, and stated "The Court has made an extraordinary contribution to the protection of human rights in Europe for over 50 years."⁸⁷ However, the Brighton Declaration also reiterated previous calls for a more focused and restrained exercise of its jurisdiction.

Hinting at a more restrictive approach to the application of the rule of exhaustion of domestic remedies, State Parties called on the Court to deal mainly with "potentially well-founded new violations"⁸⁸ and to give priority to the "most important and serious cases", such call, however, being conditioned on the effective implementation of the ECHR at the national level. The need for more clarity and consistency in the Court's judgments was a recurring refrain in the Brighton Declaration, as well as the need for the Court to refuse to examine cases where the domestic judge had duly applied ECHR rights in light of the Court's case-law.

The Brighton Declaration also suggested that the Committee of Ministers authorize the Court to join cases or, perhaps, even use something like a "class action": specifically, after making a favorable reference to building on the existing pilot judgment procedure, it invited the Committee to "consider the advisability and modalities of a procedure by which the Court could register and determine a small number of representative applications from a group of applications that allege the same violation against the same respondent State Party, such determination being applicable to the whole group."⁸⁹ However, any attempt to establish of a class action system, along the lines used before US courts, would require an amendment to the ECHR.

Among the Brighton Declaration's many proposals to amend the ECHR itself, it is worth mentioning some specific proposals that affect the

⁸⁶ The Brighton Declaration can be found at <http://hub.coe.int/20120419-brighton-declaration> (last retrieved on February 8, 2013).

⁸⁷ The Brighton Declaration at Paragraph 2.

⁸⁸ *Id.* at Paragraph 19.

⁸⁹ *Id.* at Paragraph 20(d).

Court: (i) in order to achieve consistency in judgments, to amend Article 30 ECHR to abolish the right of a party to object to a Chamber's decision to relinquish jurisdiction to the Grand Chamber while exhorting State Parties not to use the provision pending its entry into force thereof;⁹⁰ (ii) to amend Article 35(1) ECHR to shorten the statute of limitations for any appeal from the domestic decision or act to four months from the current six months;⁹¹ (iii) in order to close the enormous loophole left in Protocol No. 14's vaunted *de minimis* rule, to amend Article 35(3)(b) to delete the proviso that "no case may be rejected on this [*de minimis*] ground which has not been duly considered by a domestic tribunal";⁹² (iv) to amend Article 23(2) ECHR to replace the existing age limit for judges with a requirement that judges taking office should not be older than 65;⁹³ and (v) in order to timely address pending cases, to amend, Article 20 ECHR, among others, to permit the appointment of additional judges who might have different terms of office and a different range of functions from existing judges.⁹⁴

Taking advantage of the momentum for reform generated by the three High Level Conferences, the Court drew up a responsive document, dated October 16, 2012 and entitled "The Interlaken Process and the Court" (hereafter, the "Court Response"),⁹⁵ which described its then-current situation. The Court Response started with some encouraging statistics: for the first time since 1998, the number of incoming applications was stable and the number of pending cases compared to the previous year had decreased by 10%, while the number of 2012 judgments already delivered as of October 1, 2012 had increased by 6%, standing at 1,134. Another welcome bit of news came with respect to the administrative autonomy the Court had been craving for a long time. Since its initial constitution,

⁹⁰ Id. at Paragraph 24(d).

⁹¹ Id. at Paragraph 15(a).

⁹² Id. at Paragraph 15(c).

⁹³ Id. at Paragraph 25(f).

⁹⁴ Id. at Paragraph 20(e).

⁹⁵ The Court Response can be found at <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/90A252A0-852E-4C0D-91F4->

AAE46AC0216C/0/INTERLAKEN_Processus_d_Interlaken_et_la_Cour_EN.pdf (last retrieved February 8, 2013).

the Court had had no authority over its staff since the latter, forming an integral part of Council of Europe's secretariat, was subject to Secretary General's authority rather than the Court's. Given the special need for mutual trust and confidentiality that must exist between a judge and his collaborators, such administrative practice led to various tensions and dysfunctional relationships within the Court. One cannot but rejoice to hear that the Secretary General has finally delegated some of his powers in relation to the Court's staff to the head of the Court's Registry.

It remains to be seen whether the Court will also be given the budgetary autonomy it has long requested. To address the increasing demands on it, the Court has regularly asked for increases in its allocated financial resources. Given the Council of Europe's limited budgetary resources, and the fact that many of its organs and departments also deal with the promotion of human rights, any shift of additional resources to the Court continues to raise delicate issues among the various organs. As a consequence, the Court sought additional resources from other sources. One such source has been lawyers seconded to the Court by State Parties. Another more questionable source of additional resources consists of voluntary financial contributions from State Parties to a special Court account, which contributions are used by the Court to reduce its backlog.⁹⁶ Such contributions, however, remain questionable because it is highly unusual for a court of law to seek financial contributions from its "clients." The maxim that the Court cherishes so much⁹⁷ – that is, "justice must not only be done, but must be seen to be done" – is put in jeopardy. It is, in this context, worth noting that Cyprus, a small State Party coping with a serious financial crisis and the initiator or author of seminal applications raising property issues in Northern Cyprus worth hundreds of millions of Euros under Turkey's jurisdiction, among others, contributed to the Court's special account.⁹⁸ Needless to say, a contribution from Turkey followed shortly on its heels. Apparently, any and all contributions to the Court's special account are welcome.

⁹⁶ See the press release of the Registrar of the Court (21.06.2012).

⁹⁷ Judgment, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, 9 January 2013.

⁹⁸ See the press release of the Registrar of the Court (26.06.2012).

The Court Response also showed that the Court had made notable advances in terms of e-justice, having considerably improved its website (jurisprudence database, publication of judgments, and various practical information on procedural steps for applications, etc.).

In addition, the Court Response mentioned the Court's launch of a new classification procedure to prioritize applications. The Court now assigns individual applications to one of seven categories, with the top priority cases placed in Categories 1 through 3 and the remainder placed in the remaining categories in descending order of priority, ending with inadmissible applications.

Further, the Court Response demonstrates that, as requested by the Brighton Declaration, the Court is making efforts to adhere more strictly to the six-month statute of limitations for individual applications. Moreover, it appears to be taking a more cautious approach to granting interim measures: the number of such measures granted had been skyrocketing, but in 2012 only 65 such orders were issued. The number of pilot judgments has also been increasing while the Court has been calling on the Committee of Ministers to pursue more effective monitoring of the State Parties' implementation of judgments requiring structural measures.

As to the Izmir Declaration's request for the panel of five judges of the Grand Chamber to give reasoned refusals to review particular cases,⁹⁹ the Court Response indicated that the Court opposes the requirement as "an unnecessary burden," while reiterating that it publishes general information on the policies guiding such panels.

Finally, the Court Response indicated that it considered it unnecessary to comment on the development of a unilateral declaration procedure¹⁰⁰ or the Brighton Declaration's invitation to clarify the Court's case law on admissibility.¹⁰¹

IV. The Quest for Deeper Reforms

It is difficult to guess where the current reform process will lead, despite all the encouraging news provided in the Court Response. That little bit of

⁹⁹ The Izmir Declaration at Follow-up Plan, Paragraph F (2)(e).

¹⁰⁰ A declaration by which the defendant State would admit a breach of the ECHR and offer appropriate redress.

¹⁰¹ See, e.g., the Brighton Declaration at Paragraph 15(d).

good news hardly dissipates the general fear that the current piecemeal approach to reform is inadequate to improve the Court's ability to function as a pan-European Court with constitutional underpinnings.¹⁰² Further reform, after due consideration, might well be needed. What is obvious, however, is that deeper reforms will require breaking taboos, particularly the one that surrounds the "sacred" right of individual application.

No one should question the right, in principle, of individual application. It was, and remains, a revolutionary step in the international legal order, and is the cornerstone of the highly-effective ECHR control mechanism forged by the Court.

It is, however, incomprehensible that such right is not subject to some additional procedural formalities which could stem the rising tide of clearly inadmissible applications. Such procedural requirements are already in force before many domestic courts.

An obvious first step would be to require that only a qualified lawyer start the individual application process (*i.e.*, filing the application with the Court). Such qualified lawyers could be members of the bar who have also successfully passed an examination of ECHR law and possess sufficient knowledge of one of the two languages of the Court. Their fees could be regulated not to exceed a reasonable threshold.

Recourse to the formulary published on the website of the Court should be also mandatory from the very beginning.

Such measures would operate as an effective method for screening out many inadmissible applications at the very source thereof.

A reasonable fee, earmarked to finance the modernization of Court's functioning, could also be considered.

Such proposals garner an immediate, categorical "never" from NGOs and those academics who firmly believe that the right of individual application is absolute. However, the right is not an end in itself. If its unfettered use risks paralyzing the system, the right of access to the Strasbourg Court may well become illusory for many applicants as "justice delayed is justice denied." Moreover, the Courts' jurisprudence regarding the right of access to domestic courts has, from its inception, stressed that such

¹⁰² See L. WILDHABER, "A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?", in L. WILDHABER, *The European Court of Human Rights*, Kehl, N.P. Engel, 2006, p. 113-126.

right may be subject to limits and it has developed an important body of case law with respect thereto.¹⁰³ Why not find adequate support and inspiration for a restriction of the right of access to the Court from that very jurisprudence?

The criticisms of the Court's judicial activism (which seems to occur on a regular basis) espoused in the Lord Woolf Report, the Group Report, and the Interlaken, Izmir, and Brighton Declarations, among others, must be taken seriously by the Court, its judges, and even its applicants for redress. The Court is dealing with many cases that appear futile or too intrusive in the diversity of national spheres on a so great and diversified continent as Europe.¹⁰⁴ The Court is not operating in a federal structure such as the US Supreme Court. The European Court operates over an aggregate of sovereign States bound, through an intergovernmental organization – the Council of Europe – to some fundamental common democratic values which must be strictly safeguarded by the Court.

However, the Court is not a watchdog over national supreme courts. Some of them might resent the activism of the Court, perceiving it as an inappropriate usurpation of their authority and jurisdiction. The necessary dialogue and collaboration on which the whole system rests would then be in serious danger. On the other hand, one must confess that it is extremely difficult for the Court to depart from the *acquis* of its rich, comprehensive, and sophisticated case law built over the last 60 years.

The Court has become a prisoner of its case law; its foundations were laid down long ago. What the Court can do now is to refrain from laying down additional layers, but it cannot substantially reverse the trends it has developed, nor should it. As President Spielman rightly stressed, it is useless to remind the Court, in a new protocol, of the importance of the “margin of appreciation” doctrine or of the principle of subsidiarity; such

¹⁰³ See Judgment, *Oleynikov v. Russia*, 14 March 2013, § 55.

¹⁰⁴ See, e.g., the invalidation of a clause in a lease agreement pursuant to which the tenant agreed not to install a satellite dish as such clause breaches his right to receive information about his country of origin (Judgment, *Khurshid Mustafaand Tarzibachi v. Sweden*, 16 December 2008); and the invalidation of a will which limited its beneficiary to a “son or grandson of a lawful and canonical marriage” (Judgment, *Pla and Puncernau v. Andorra*, 15 December 2004).

reminders would hardly impact the Court's jurisprudence.¹⁰⁵ Both that doctrine and that principle are sufficiently vague so as to permit the Court, even after reciting them, to undertake a close scrutiny of the particular case.

Accordingly, it is mainly up to the domestic courts of the State Parties, in accordance with the subsidiarity principle underlying the ECHR, to enforce ECHR rights as those rights, as well as other provisions of the ECHR, have been interpreted by the Court over time. Judgments of the Court should have *erga omnes* status and that status should be enshrined in the ECHR.

The Court should, thus, become more focused. A more audacious step to achieve that focus might be contemplated, namely the introduction of a "leave to appeal" mechanism. It already exists for appeals to the Grand Chamber. A system inspired by it, possibly extended to serious or generalized breaches of the ECHR, would have to be developed.

The Court, with its newly-adopted system of prioritizing cases, has already implemented an embryonic form of case selection, but in an opaque manner. For the sake of legal certainty, the Court should regularly update and publish its guidelines for granting a request for leave to appeal. Paradoxically, in such a system, the admissibility process would be at least – if not more – transparent than the current system in which thousands of decisions, although published, are practically impossible to scrutinize by outside experts wishing to challenge decisions of inadmissibility as arbitrary or discriminatory. It is also extremely difficult to elaborate a cohesive jurisprudence when confronted with such a mass of applications.

The Court itself is not hostile to the idea of a selective approach. In fact, a new Strasbourg Court jargon has appeared: "Pick and Choose". According to the Court: If it were necessary to adopt such an approach, the Court would prefer to use the already existing criterion of 'well established case-law'. Under this test where there is well-established case-law, the Court would only take up the case for a full Chamber decision on its merits if respect for human rights within the meaning of Article 37 of the Convention required it to do so. Admissible cases not satisfying this test would

¹⁰⁵ Interview to the *Journal des Tribunaux* (2013, p.12) of the President of the Court, D. SPIELMANN.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

have to be dealt with outside the Court either under another international process or by being remitted to a national mechanism.¹⁰⁶

The selective approach and the constitutional stature of the Court as proposed would substantially reduce the workload of the Court. The need for an internal appeal mechanism for referrals to the Grand Chamber and the need to unify the jurisprudence between different Chambers would subside. The Grand Chamber would be called, exceptionally, to hear only those cases the President determines raise issues important enough to justify it.

Another reform to contemplate, together with leave to appeal, is the preliminary ruling procedure. Regularly set aside in previous discussions as too cumbersome, the formula has recently made some inroads in Strasbourg Court circles.¹⁰⁷ Considered in conjunction with the procedure for leave to appeal, it could be a useful complement facilitating the settlement of cases at national level.

The right to request a preliminary ruling should, however, be reserved to the State Parties' supreme courts and should be subjected to same admissibility criteria applied to the leave to appeal or "pick and choose" method. All questions involving issues of fact or interpretation of domestic law should be excluded. The Court should only answer preliminary questions on the basis of the national court's interpretation of domestic law, save in cases in which the Court has serious doubts about the interpretation of the latter; in that case, the Court might suggest an alternative interpretation and indicate the conclusion such interpretation might lead under the ECHR.

The question of whether the Court's preliminary ruling would have purely advisory character or binding force is, in fact, academic. If the domestic court disregards the advisory opinion that favors the applicant, it should be fully aware of the consequences: any individual application thereafter lodged with the Strasbourg Court would result in the domestic

¹⁰⁶ The preliminary opinion of the court in preparation for the Brighton conference (accepted by the Plenary court on February 20, 2012

(http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BF069E9B-8EE5-4FA8-877E-2DFAA4C167BD/0/2012_Avis_Cour_Conf%C3%A9rence_de_Brighton_1820_avril_2012_EN.pdf).

¹⁰⁷ Interview of President SPIELMANN (note 35).

court's decision being overruled, as the Court would be very unlikely to modify its previous stance in the absence of new and compelling reasons. The same would be true if the disregarded preliminary ruling favored the State. The latter would have no access to Strasbourg Court and, even if it did, Article 53 ECHR ensures that the ECHR cannot be construed to limit or derogate from more generous rights or freedoms provided by domestic law.

A Court focused on basic principles and shared democratic values across the continent, operating with strong constitutional credentials with due respect to subsidiary principle: that could be the long-term profile of the Court *if* it develops along the lines suggested by the foregoing.

But, there is an essential prerequisite for such an evolution in the Court: proper enforcement of the ECHR at the national level by the legislative, judicial, and executive branches in each of the State Parties, all in light of the Court's jurisprudence. If such is the case, the Court could – and should – grant to the State Parties a presumption of effective protection of rights, along the same lines as it did for the European Union, in the *Bosphorus* judgment.¹⁰⁸ EU Member States should be the primary beneficiaries of such a presumption. Any other solution would be illogical, even discriminatory, since Member States are supposed to offer at least the same guarantees as the EU legal order.

However, as noted earlier, some State Parties do not yet possess the political or cultural maturity to effectively enforce the rights protected by the ECHR. For the citizens of such countries, the reformed Court proposed here would result in a serious setback in their quest for justice. Although the implementation of fully-fledged democratic structures in these State Parties must be addressed by political methods, the usefulness of Court's action in its present day form should not be underestimated with respect to such State Parties facing such difficulties.

If gross and systematic violations of Articles 2 and 3 ECHR arise—such as criminal or tax trials conducted by biased judges to intimidate political opponents in breach of Article 6 ECHR, or the freedom of expression protected by Article 10 ECHR is systemically stifled—the Court

¹⁰⁸ Judgment, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* (Grand Chamber), 30 June 2005.

should bring to bear its full jurisdictional authority, including the ability to closely scrutinize the facts, to quash such violations to assure protection of ECHR rights. Of course, such dual supervision system could lead to criticism with respect to sovereign equality of State Parties. But, international organizations and States have frequent recourse to sanctions for the safeguard of human rights. Specifically, within the Council of Europe, for example, appropriate sanction mechanisms exist.¹⁰⁹

However, the full involvement of the Court raises tricky issues of a political nature, which call for a mixed legal and political procedure. It could be initiated by the High Commissioner for Human Rights with a request for full scrutiny procedure by the Court in its present day extent and form against a determined state. After a contradictory procedure before the Court, involving the defendant Government and the Commissioner, the Court would issue a reasoned recommendation addressed to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe. If the Assembly accepts the recommendation, the current system of admissibility of individual application, excluding the requirement for leave to appeal, would be set in motion for a period determined by the Assembly.

As to the grounds on which High Commissioner's action could be based, only the risk of serious and systematic breaches of Articles 2, 3, 6, 10 and 11 could be invoked.

This dual system of supervision might attract some critics. Once the Court issues the recommendation for normal review procedure covering all abovementioned articles or some of them, the State Party in question might harbor serious doubts about the Court's impartiality with respect to future cases brought against it under those Articles. Perhaps a better solution would consist of excluding the Court from the proposed decision to invoke the higher level of scrutiny. In that case, a panel of Wise Persons, elected by the Committee of Ministers or the Parliamentary Assembly for a determined term of office, could take on the role of the Court in the above-described process. As an alternative of last resort, the use of a panel could also be set aside, leaving the Assembly as the sole counterpart to the Commissioner.

¹⁰⁹ See Articles 8 and 9 of the Statute of the Council of Europe (exclusion from membership and suspension of rights of representation in the organs in case of serious breach of human rights).

The impact on the Court's workload of reactivating the current procedure should be duly assessed. State Parties that might fall under "close scrutiny" are currently the main sources of cases to the Court. However the very exceptional character of the procedure, acting as the proverbial Sword of Damocles suspended above the State Parties, could prove to be an effective deterrent, inducing such State Parties to adopt and enforce needed reforms.

Finally, the recurring discussions about the election of judges and their qualifications deserve some comment. The criteria for the office are set out in Article 21 ECHR according to which "judges shall be of high moral character and must either possess the qualifications required for appointment to high judicial office or be jurisconsults of recognised [*sic*] competence". As the official languages of the Court are English and French, perfect knowledge at least of one of them is naturally required, although the text is mute on that point. The judges are elected by the Parliamentary Assembly on a list of three candidates submitted by each State Party.¹¹⁰

The text of Article 21 offers useful clues for the selection process. However, as already noted, especially after the enlargement process, there have been some problems relating to linguistic criteria and also concerning the quality of some judges. The assessment of linguistic qualities of judges could be objectively conducted. As to other qualifications, although Article 21 offers some useful clues for the selection process, different interpretations have been put forward. The criteria of High judicial office poses no specific difficulty when the candidate is already sitting on the supreme court of the relevant State Party. Attorneys are a rarity. University professors are typically welcome at the Court, although it has been stressed that judges should have some practical knowledge of the ECHR. As professors are specialized, from which branch should they hail: constitutional law, criminal law, or commercial law? But, what about the requirement that judges possess "knowledge of international public law"? Since national supreme courts, especially those of small- and medium-sized countries, do not typically deal with complex issues of international law, should such Supreme Court judges be disqualified while candidates hailing from a

¹¹⁰ Article 22 ECHR.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

chair of international law at the University or perhaps even lawyers who have practiced before other international tribunals are preferred? Besides, is the knowledge of international public law really relevant for a court that deals mainly with domestic law issues with constitutional overtones? Would not a criminal lawyer be a better choice, given the importance of Court's case law in criminal matters under, among others, Articles 2 through 7 ECHR?

It seems that prevailing practice in judge selection relies on knowledge of the ECHR. But, since the case law of the Court covers virtually every field of law, no one can seriously suggest that he is a "specialist" in the entire substantive law thereof (could the selection authorities do so?). All that can be required is a general knowledge of the supervisory mechanism and the Court's functioning. Any one of the numerous, readily-available booklets on the topic would suffice to prepare the candidate for his interview before the Parliamentary Commission of the Assembly called to screen the candidates and make recommendations to the Plenary Assembly. Such recommendations are generally followed. From the outside, it also appears that the discreet support and lobbying efforts of the State Party in favor of a given candidate plays an important role.

Moreover, the Council of Europe recommends that States publish a public call for potential candidates for the Court and the candidates pass a screening process (with university exam overtones!) at the national level before the list is drawn up. Some State Parties organize such procedures, sometimes screening prominent persons such as Supreme Court members or university professors well acquainted with ECHR law.

Inspired by the system set up for the European court of Justice in Luxembourg,¹¹¹ a panel of prominent lawyers is also called to screen the list proposed by governments and render an opinion to the Parliamentary Assembly.¹¹²

¹¹¹ See J.-M. SAUVET, "Le rôle du comité 255 dans la sélection du juge de l'Union", in Court of Justice of the European Union (ed.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Springer, 2013, Amazon Kindle, location 3019-30.

¹¹² "The Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judge to the European Court of Human Rights" established by the Committee of Ministers' resolution (2010/26); see also the Brighton Declaration at Paragraph 25(b).

And still, controversial nominations continue (denounced in the regular chronicles of the regretted Professor Flauss¹¹³). Recently, contrary to the opinion of the panel, with the strong lobby of the proposing State Party, the Assembly refused to send back a list to the government and in 2010 the Parliamentary Assembly elected a judge of 33 years who only worked at the Court's Registry under a four year contract and, as an attorney, had no more than a year and nine months of experience!¹¹⁴

There are no explicit qualifications requirements for US Supreme Court justices. There are no screening processes to gauge their qualifications. They must, however, undergo an often- difficult process of interview by the Senate which pertains mostly to their philosophical approach or thoughts on sensitive political issues of the day (such as, judicial activism and abortion rights). In the US, it is implicitly – if not explicitly – recognized that the appointment of a US Supreme Court justice has a political character. Yet, there are no controversies as to the quality of US Supreme Court judges.

It is hypocritical to pretend to establish, for the Strasbourg Court, an election process as objective as the recruitment of a professor from a renowned university based on purely scientific criteria. The Court, like the US Supreme Court, deals with highly sensitive and important issues, but rather than dealing with them in the context of a federal judicial system, deals with them in connection with sovereign States. The political character of the process should be admitted or, at least, not denied. But, in a nomination process involving 47 different States, to prevent derailments, some objective screening process is required. The current system, with the advisory panel, should be kept but some improvements should be made.

Should the screening commission of the Parliamentary Assembly decide to disregard the opinion of the panel, it should give its reasons for doing so in its report to the Parliamentary Assembly. The opinion of the panel and the reasoned report of the Commission should be accessible to public, which is not currently the case.

¹¹³ See, e.g., J.-F. FLAUSS, "Les élections des juges à la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue. Trim. D.H.*, 2008, p. 713.

¹¹⁴ N.P. ENGEL, "Mehr Transparenz für die Wahrung professioneller Qualität bei den Richter-Wahlen zum EGMR", *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2012, p. 487.
YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

BIBLIOGRAPHY

E. BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010.

M. BOSSUYT, "Should the Strasbourg Court exercise more self-restraint? On the extension of the jurisdiction of the European Court of Human Rights to social security regulations", *Human Rights Law Journal*, 2007, pp. 321-332.

M. BOSSUYT, "You cannot try them, you cannot detain them and you cannot deport them", *Journal des tribunaux*, 2012, pp. 352-355.

N.P. ENGEL, "Mehr Transparenz für die Wahrung professioneller Qualität bei den Richter-Wahlen zum EGMR", *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2012, p. 487.

R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 135.

J.-F. FLAUSS, "Les élections des juges à la Cour européenne des droits de l'homme", *Revue. Trim. D.H.*, 2008, p. 713.

P. LEUPRECHT, "Albert Weitzel et l'adhésion de la Russie au Conseil de l'Europe" in *Mélages en hommage à Albert Weitzel. L'Europe des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2013 (to be published).

D. TAMM, "The History of the Court of Justice of the European Union Since its Origin", in Court of Justice of the European Union (ed.). *The Court of justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-Law*, Amazon Kindle, locations 362-72.

J.-M. SAUVET, "Le rôle du comité 255 dans la sélection du juge de l'Union", in Court of Justice of the European Union (ed.), *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Springer, 2013, Amazon Kindle, location 3019-30.

L. WILDHABER, "A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?", in L. WILDHABER, *The European Court of Human Rights*, Kehl, N.P. Engel, 2006, p. 113-126.

ÇAĞDAŞ VERGİ SİSTEMLERİNDE VERGİ DENETİMİ*

(TAX AUDIT IN CONTEMPORARY TAX SYSTEM)

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK¹

Prof. Dr. Adnan Tezel'in aziz hatırasına, 17. sene

"Thinking is one thing no one has ever been able to tax." Charles Kettering

ÖZET

İyi ve adil bir vergi sisteminin temel ihtiyaçlarından birisi de etkin bir denetim mekanizmasıdır. Denetim sisteminin etkinliği bazı hususlara bağlıdır. Bunlardan, İdare'nin bakış açısı, vergi kültürü, hukukun üstünlüğü, vergi adaleti ve vergi yargısı önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Vergi, denetim, uluslararası vergilendirme, çifte vergilendirme anlaşması, hukukun üstünlüğü, mükellef hakları, vergi adaleti, vergi yargısı.

ABSTRACT

One of the basic needs of a good and fair tax system is an efficient control mechanism. In this context some aspects are quite important such as tax administration's perspective, tax culture, rule of law and tax justice and tax judgement.

* Maliye Hesap Uzmanları Vakfı tarafından 69. Kuruluş Yıldönümü Etkinlikleri kapsamında İstanbul'da 30.5.2014 tarihinde düzenlenen *Çağdaş Vergi Sistemi ve Denetim* isimli panel için hazırlanan tebliğ.

¹ Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: huzelturk@superonline.com

Keywords: Tax, audit, international taxation, double tax agreement, rule of law, taxpayer's rights, tax justice, tax judgement.

I. Giriş

Çağdaş vergi sistemlerini dikkate aldığımızda vergi denetimi nasıl olmalıdır sorusunun cevabı doğal olarak şartlara ve bakış açısına göre değişecektir. Öncelikle çağdaş bir vergi sistemi nedir? Kendilerini çağdaş bir vergi sistemi uygulayan İdareler olarak görenler gerçekten bunu yapabiliyorlar mıdır? Çağdaşlık daima ileriye gitmek midir yoksa şartların gerektirdiği çözümleri üretmek midir? şeklinde birçok soruya verilecek cevaba göre konu şekillenebilecektir. Bunun yanında o ülkedeki İdarelerin ve yöneticilerin vizyonu, eğitimi, bakış açıları, öncelikleri yanında mükellef kültürü ve yapısı, hukuk sisteminin ulaştığı seviye, ekonomik ve sosyal şartlar gibi birçok etmenin de önemli bir rol üstlendiğini unutmamak gerekir.

Konunun bir başka boyutu denetimin yapış şekli ve denetimi yapanların durumudur. Ülke yapısı ile yapılan denetim sistemi ve uygulaması arasındaki problemler vergi hukuku ve vergi gelirlerine olumsuz yansımaktadır. Denetimi yapanların eğitimi, vizyonları, gelirleri ve hukuka bakış açıları denetimlerin de başarılı ve başarısız olmasına yol açmaktadır. Ayrıca teknoloji de denetimler bakımından çok önemli bir araçtır.

Çağdaş ve Modern zamanlar tarihin her döneminde kullanılabilecek bir terim olduğundan yorumlar da farklı olabilecektir. Örneğin, bir döneme damgasını vuran Charles Chaplin'in in 1936 yapımı *Modern Times* isimli filmi de o zamanın modern zamanlarındaki problemleri ortaya koymuştu. 1929 Dünya Ekonomik Krizi'nin etkilerinin ince bir mizah anlayışı çerçevesinde ele alındığı film, farklı yorumlar sebebiyle bazı ülkelerde çok sevilmiş Almanya, İtalya gibi bazı ülkelerde ise yasaklanmıştı. Bu nedenle zaman ve mekân kavramları önemlidir. Chaplin film sona ererken ünlü sözünü de söyler: "Gülümse, umudunu kaybetme, başaracağız".

Bu çerçevede çağdaş veya gelişmiş vergi sistemlerindeki durum ve ülkemizdeki durum incelendikten sonra eksiklikler ve yapılması gerekenler belirlenebilecektir. Bu belirlemeler sırasında yazar tarafından yapılacak yorumlar da her modern zamanda olduğu gibi desteklenecek veya karşı

gelinecektir. Önemli olan yorumların akla ve hukuka dayanmasıdır. Zira gerçek modern zaman ancak o zaman vardır.

II. Uluslararası Alanda Vergi Denetimi

Uluslararası alandaki vergi denetimleri başlığı altında hem birden çok ülkeyi ilgilendiren denetimlerin görünümü hem de bazı ülkelerde denetimle ilgili örnek gelişmelerden bahsedilecektir.

Bu başlık aslında diğer ülke vergi idareleri ile birlikte yapılan eş zamanlı denetimler ve diğer ülkede yapılan denetimleri de kapsamaktadır². Fakat konu uluslararası alanda çalışmalar yapan Avrupa Birliği ve OECD gibi kuruluşların çalışmalarını içine alacak kadar geniştir. Bu çerçevede en fazla kullanılan yöntem ise çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarıdır.

Eş zamanlı vergi kontrolleri, adından da anlaşılacağı üzere, farklı ülke vergi idareleri tarafından aynı zaman diliminde gerçekleştirilen bir denetim şeklidir. Böylece farklı ülkelerde faaliyet gösteren mükelleflerin işlemleri geniş bir açıyla görülmüş olur. Yabancı bir ülkede yapılan denetimler ise aslında bir başka ülkenin diğer bir ülke denetim elemanlarına kendi ülkesi sınırları içerisinde denetim izin ve yetkisi vermesidir. Bu da genellikle, şu andaki imkânlar çerçevesinde, iki taraflı anlaşmalar yoluyla yapılmaktadır. Bu anlaşmalar bakımından temel alınan modellerde, örneğin OECD Modeli'nde, 26. madde bilgi değişimi ile ilgilidir³. Bu madde ile ilgili yorum ve tavsiyelerde bazı açıklamalar vardır. OECD bünyesinde ayrıca bilgi değişimi, vergi incelemesi ve vergi tahsili konularında modeller bulunmaktadır⁴.

Çok taraflı bir sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle denetimler bu kuralara bağlı olarak yapılabilecektir. Bu nedenle hukukî zemin değişecektir. Çok uzun yıllardan beri çalışılan bu alan⁵ henüz hedeflenen sonuca ulaşmamıştır. 1988 senesinden beri OECD ve Avrupa Konseyi tarafından üye-

² Detaylı bilgi için: Ramazan Kılıç, *Uluslararası Alanda Gerçekleştirilen Vergi Denetimi*, 29. Türkiye Maliye Sempozyumu'nda sunulan tebliğ, 16-20 Mayıs 2014, Antalya.

³ Bilgi Değişimi konusunda bakınız, Cihat Öner, *Uluslararası Alanda Vergi İdareleri Arası Bilgi Değişimi*, Yetkin Yayınları, Ankara-2010.

⁴ www.oecd.org/tax

⁵ Hakan Üzeltürk, *Taxation of Income of International Transportation Companies*, Ph. D. Thesis, Edinburgh-1997.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

rinde çalışılan *Vergi Konularında Karşılıklı İdari Yardımlaşma Anlaşması* (Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters)⁶, 1.4.1995 senesinde İsveç, Norveç, A.B.D., Danimarka ve Finlandiya arasında yürürlüğe girmiştir. Bu çerçevede 2010 senesinde bilgi değişimi ile ilgili 26. maddede değişiklik yapılmış, bu değişiklik 1.6.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 23 Mayıs 2014 itibarı ile 64 ülke anlaşmayı imzalamıştır⁷. Ayrıca uygulama alanı bazı ülkeler tarafından farklı alanları kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Bu sayıya rağmen, anlaşma, aralarında 3.11.2011 tarihinde imzalayan Türkiye'nin de bulunduğu birçok ülke tarafından henüz onaylanmamıştır. Bu çok kapsamlı çalışma ile ilerleyen seneler vergiler alanında ciddi inceleme ve yardımlaşmalar yoluyla vergi denetimleri etkili hale gelebilecek ve vergi kayıp ve kaçaklarıyla daha fazla mücadele edilebilecektir.

Bunların yanında Avrupa Birliği bünyesinde de çok sayıda çalışma yapılmış ve yapılmaktadır⁸.

Çok taraflı bir sözleşmenin henüz etkin biçimde uygulanamaması sebebiyle bugün temel olarak çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları ön plandadır. Bu anlaşmalar sayesinde ülkelerin tek taraflı olarak aldığı önlemler bir parça daha etkili hale gelmekte, fakat sorunları ortadan kaldıramamaktadır. Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında yer alan bilgi değişimi maddesiyle vergi iadeleri birbirleriyle yardımlaşarak bazı çözüm yolları bulabilmektedirler. Burada da siyasi mülhazaların etkili olduğunu belirtmek gerekmektedir. Kendilerini birbirine siyaset, ekonomi, kültür, dil, tarih, coğrafya gibi sebeplerle yakın hisseden ülkeler arasında doğal olarak yardımlaşmanın daha verimli olacağını söylemek mümkündür. İç düzenlemeler de bu konuda diğer ülkelere kolaylıklar sağlayabilmektedir. Örneğin Fransa, Vergi Usul Kanunu'nda yaptığı değişiklikle 1.1.2005 tari-

⁶www.oecd.org/tax/exchangeofinformation/conventiononmutualadministrativeassistanceintaxmatters.htm

⁷ www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf

⁸ Hakan Üzeltürk, *Avrupa Birliği Vergi Sisteminde Gelişmeler*, İTO Yayınları, İstanbul-2008; Council Directive 2011/16/EU of 15 February 2011 on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, 11.3.2011, Official Journal of the European Union L 64/1.

hinden itibaren Avrupa Birliği üyesi ülkelerle eş zamanlı vergi incelemesi yapılabilmesine olanak sağlamıştır⁹.

Türkiye yapmış olduğu çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarında bilgi değişimi maddesine yer vermektedir. Bununla birlikte uluslararası vergi denetimi alanında, eş zamanlı vergi incelemeleri ve yabancı ülkede vergi incelemesi konularında özel bir sözleşme imzalamamıştır. Bu konuda imzaladığı ilk anlaşma 24.10.2010 tarihinde Jersey ile imzaladığı anlaşmadır. Daha sonra ise Bermuda, Guernsey ve Isle of Man ile de bilgi değişimi anlaşmaları imzalanmıştır. Bu anlaşmalar henüz yürürlükte değildir. Ayrıca Barbados ve Bahamalar'la ve başka vergi cenneti olarak kabul edilen ülkelerle de görüşmeler devam etmektedir.

Türkiye'nin imzaladığı anlaşmalarda bilgi değişimi maddesi bulunmakla birlikte, Vergi usul Kanunu'nda bu konuda düzenlemeler bulunmamaktadır. Vergi Usul Kanunu'nun yeniden yazımı çalışmalarında bu hususun da dikkate alınması gerekmektedir.

Konunun bir başka boyutu sadece vergi ile ilgili denetimlerin yapılması değil bu denetimler sonunda harekete geçilmesidir. Özellikle vergi kaçakçılığı ile mücadelede uluslararası alandaki çalışmalar yetersiz kalmaktadır. Örneğin, Birleşik Krallık'ta, HM Revenue and Customs' (HMRC) bünyesinde sürdürülen "Most Wanted Campaign" ilginç sonuçlar göstermektedir¹⁰. Bu çerçevede 2013 ağustos ayında aranan kaçak sayısı 30 olarak belirtilmektedir. Hazine'nin Gelirler kısmından sorumlu olan David Gauke, bu kişilerin bulunması ve yakalanması konusunda kendi birimleri dışında yurtdışındaki bağlantıları, Kraliyet Savcılık Makamı, Ulusal Suç Birimi ve İnterpol ile de yakın bir çalışma içerisinde olduklarını söyledi. Görüldüğü üzere vergi sadece vergi olarak kalmamakta suçluların yakalanması bakımından diğer yolları ve imkânları da kullanmayı gerektirmektedir. Özellikle ülkeler arasında suç ve suçlular konusundaki anlaşmaların yetersizliği mücadelede problemler yaratmaktadır. Bunların yakalanması sürecindeki hukuki belge ve izinlerin hazırlanması ve mahkeme kararlar da bir başka zorlu süreci oluşturmaktadır. HMRC'nin sadece bu vergi kaçaklarını yakalamak için birimi mevcuttur (HMRC's Fugitive

⁹ Jean Lamarque, *Code de Procédure Fiscale*, Dalloz, Paris-2008, s. 191.

¹⁰ Robert Lee, *Gauke Explains UK Tax Inspection System*, Tax-News.com, London, 1 January 2014.

tive Unit). 2014 senesi itibarıyla 124 kaçak mevcuttur. Buna Most Wanted Campaign'dekiler dahildir. Bu kaçakları takip etmek için oluşturulan bölümde sadece dört kişinin olması muhalefet tarafından vergi kaçakçılarıyla yeterli mücadele edilmediği gerekçesiyle eleştirilmektedir.

Uluslararası alanda bakılabilecek bir başka ülke Almanya'dır. Hem İdare'nin organizasyonu hem de mükellef hakları bakımından iyi bir örnek olarak görülebilecek Almanya'da vergi incelemesi temel olarak şu noktaları içermektedir¹¹:

- Alman sisteminde mevcut Vergi Usul Kanunu (Abgabenordnung) 1977 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bunun yanında çeşitli düzenleyici işlemler de vardır. Bunlar içinde en önemlisi Alman Eyalet Temsilciler Meclisi'nin 2000 senesinde çıkarmış olduğu idari işlem yönergeleridir¹². Bu yönerge hem eyalet maliye makamlarının hem de Federal Merkez Vergi İdaresini bağlayıcı niteliktedir.

- Vergi Usul Kanunu'nun 85. maddesine göre, mali makamlar, kanunların emrettiği şekilde eşit bir vergilendirme sürecini gerçekleştirmekle yükümlüdürler. Federal Alman Yüksek Mali Mahkemesi de eski tarihli bir kararında, vergi incelemesinin, *adil* bir vergi pratiği için de artık vazgeçilmez bir önemde bulunduğunu belirtmiştir¹³.

- Bazı inceleme prensipleri şöyledir. İdari işlem yönergesi çerçevesinde inceleme kararı verilirken ve inceleme yapılırken ölçülülük ilkesine uyulmasını ve ayın zamanda da incelenen kişiye en az yük yükleyecek ve müdahale gerektirecek şekilde yapılması gerekmektedir. Somut olayda herhangi bir vergisel sonucun çıkmayacağı belli ise, vergi incelemesine başlanması mümkün değildir. Örneğin, zamanaşımı süresinin dolduğu baştan biliniyorsa vergi incelemesine başlanması mümkün değildir¹⁴. Daha önce incelenmiş ve herhangi bir vergi kaçakçılığı bulgusuna rast-

¹¹ Ali Değirmendereli, *Alman Vergi Sistemi'nde Vergi İncelemesi*, 29. Türkiye Maliye Sempozyumu'nda sunulan tebliğ, 16-20 Mayıs 2014, Antalya; Bu konuda detaylı bilgi için bakınız Funda Başaran Yavaşlar, *Vergi Ödevi ilişkisinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü-Hukuk Devleti Bakış Açısıyla*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul-2013.

¹² Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Betriebsprüfung- Betriebsprüfungsordnung.

¹³ Bundesfinanzhof v.02.09.1988, BStBl. 1989 II, 4.

¹⁴ Bundesfinanzhof, v. 10.4.2003, BStBl. 2003 II 827.

lanmamışsa tekrar aynı gerekçeyle bir inceleme yapılamaz. Bir vergi ödevlisinin üzerinden bir başka ödevli incelenemez¹⁵.

• Vergi cennetleri ve kaçakçılık kapsamında 2009 yılında yürürlüğe giren *Vergi Kaçakçılığı ile Mücadele Kanunu* ile şartsız vergi incelemesine alınabilecekler listesine, bir yıl içinde 500 bin Euro'yu geçen net gelir sahipleri de eklenmiştir.

• Mükelleflerin ciro, kâr ve aktif toplamı gibi bazı ölçüler dikkate alınarak yapılan tasnifi kapsamında vergi denetim oranları 31.1.2014 itibarıyla büyük işletmelerde %21,6 olmasına rağmen genel toplamda en küçük ölçekteki işletmelerin de dahil edilmesiyle %2,3 gibi oldukça düşük bir seviyeye inmektedir.

Avrupa Birliği boyutunda vergi suçları ile mücadele konusunda oluşturulan sistemin yürütülmesinde en önemli nokta bilgi toplanmasıdır. Bu konuda önemli belgelerden bir tanesi 1988 yılında imzaya açılan ve 1.4.1995 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi-OECD ortak çalışması olan Vergi Sorunlarında Çok Taraflı İdari Yardımlaşma Anlaşması'dır¹⁶. Burada yer alan bilgi değişimi ile ilgili düzenleme 19.12.1977 tarihli Konsey Direktifi'nin yanısıra, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının da genellikle 26. maddesinde yer almaktadır. Mutual Assistance Directive ile ilgili ilk karar 2000 senesinde bu Direktifin yorumu hakkındaki *W.N. v. Staatssecretaris van Financien*¹⁷ davasında verilmiştir.

Buna göre bilgi değişimi beş şekilde yapılabilir. Bunlar, talep üzerine bilgi değişimi, otomatik olarak bilgi değişimi, anında bilgi değişimi, diğer bir ülkede bilgi edinme ve Çok Taraflı Anlaşma ile getirilen iki ya da daha çok ülkede eş zamanlı vergi incelemeleridir. Bütün bu yolların kullanılması ülkeler arasındaki vergi gibi önemli bir ortak çıkar sebebiyle verimli olarak işleyebilecektir. Fakat her bir ülke için vergilerle ilgili bilgi ve belgelere doğru ve zamanında ulaşılması gerekmektedir.

III. Türkiye'de Vergi Denetimi

Vergi denetimi bakımından dört yardımcı işlemde bahsedilebilir. Bunlar yoklama, inceleme, arama ve bilgi toplamadır. Bu kapsamlı konuda temel

¹⁵ Bundesfinanzhof, v.18.02.1997, BStBl. 1997 II 499.

¹⁶ Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters.

¹⁷ 13.1.2000, C-420/98.

bazı noktalar şu şekilde belirtilebilir. Yoklama VUK'nun 127 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, yoklamadan maksat, mükellefleri ve mükellefiyetle ilgili maddi olayları, kayıtları ve mevzuları araştırmak ve tespit etmektir.

Bu çerçevede yapılacak işlemler şunlardır:

• Maliye ve Gümrük Bakanlığınca belirlenmiş usuller dahilinde özel yetki verilmiş olmak kaydıyla günlük hasılatı tespit etmek,

• 3100 Sayılı Kanun kapsamına girip ödeme kaydedici cihaz kullanmak mecburiyetinde olanların bu mecburiyete uyup uymadıklarını, bu cihazları belli edilmiş esaslara göre kullanıp kullanmadıklarını ve günlük hasılatı tespit etmek,

• Günü gününe kayıt yapılması zorunlu defterlerin iş yerlerinde bulundurulup bulundurulmadığını, tasdikli olup olmadığını usulüne göre kayıt yapılıp yapılmadığını, vergi kanunları uyarınca düzenlenmesi icap eden belgelerin usulüne göre düzenlenip düzenlenmediği ile kullanılıp kullanılmadığını, faturasız mal bulunup bulunmadığını, levha asma veya kullanma mecburiyetine uyulup uyulmadığını tespit etmek, kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğu emare teşkil eden defter, belge ve delillerin tespit edilmesi halinde bunları almak,

• Nakil vasıtalarını, Maliye ve Gümrük Bakanlığının belirleyeceği özel işaretle durdurmak ve taşıtta bulundurulması icap eden taşıt pulu, yolcu listesi, fatura veya sevk irsaliyesi, yolcu bileti ile taşıma irsaliyelerinin muhtevası ile taşınan yolcu ve malların miktar ve mahiyetlerini ölçmek, tartmak, saymak suretiyle tespit etmek,

• Taşıma irsaliyesi, sevk irsaliyesi ve faturanın taşıtta bulunmaması, halinde bu belgelerin ibrazına kadar nakil vasıtalarını trafikten alıkoymak, taşınan malın sahibi belli değilse tespitine kadar malı bekletmek ve muhafaza altına almak.

Bir başka müessese olan bilgi toplama, VUK 148 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, Kamu idare ve müesseseleri, mükellefler veya mükelleflerle muamelede bulunan diğer gerçek ve tüzel kişiler, Maliye Bakanlığının veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların isteyecekleri bilgileri vermeye mecburdurlar. Bu bilgilerin ne şekilde ve kimler tarafından verileceği, istisnaları ve sonuçları kanun metninde ayrıca belirlenmiştir.

Denetimler bakımından iki önemli müessese inceleme ve aramadır. Zira özellikle vergi ve hukuk çatışmaları burada ortaya çıkmaktadır.

Vergi incelemesine ilişkin kanuni düzenlemeler, Vergi Usul Kanunu'nun 137-148. maddeleri arasında düzenlenmiştir. İncelemeye başlama esnasında incelemeye başlama tutanağının imzalanması, incelemenin konusunun mükellefe bildirilmesi, inceleme elemanının hüviyetini ibrazı, incelemenin zamanı ve yerinin tespiti hususları ön plandadır.

Vergi incelemesinin başlangıcında üç nüsha *incelemeye başlama tutanağı* düzenlenir. Tutanağın bir nüshası mükellefe, bir nüshası inceleme elemanlarının bağlı olduğu birime, bir nüshası da mükellefin bağlı olduğu vergi dairesine gönderilir. İncelemenin başladığı tarih, mükellefin tutanağı imzaladığı tarihtir. Eğer tutanakta mükellefin imzası bulunmuyorsa, tutanağın vergi dairesi kayıtlarına geçirildiği tarih incelemeye başlama tarihi olarak kabul edilir. Bu durum mükellefin bilinen adresine yazı ile gönderilir. İnceleme süresinin tespitinde bu belirlemeler önemlidir.

VUK'nun 140. maddesi uyarınca, vergi incelemesi yapanlar incelemenin konusunu işe başlamadan önce açıklamak zorundadırlar. Mükellefler vergi incelemesinin konusu ve yılı hakkında gerekli bilgileri inceleme elemanlarından isteme hakkına sahiptirler. İnceleme elemanları, vergi incelemesine başladıklarında bir tutanak düzenlerler ve tutanakta mükellefin istediği bilgilere yer verilir.

Bunların yanında, VUK'nun 129 ve 136. maddeleri kapsamında mükellefler, yoklama veya vergi incelemesi yapmak isteyen görevlilerden fotoğraflı resmi kimliklerinin gösterilmesini isteme hakkına sahiptirler.

Bir başka önemli husus incelemenin yeri ve zamanıdır. VUK'nun 139. maddesi uyarınca, vergi incelemesi, esas olarak mükellefin işyerinde yapılır. İşyerinin uygun olmaması, ölüm, işi terk gibi zorunlu nedenlerin varlığı durumunda vergi incelemesi vergi inceleme elemanının dairesinde yapılır. İşyerinin uygun olmaması mükellef tarafından belirlenmelidir.

Vergi incelemeleri ile ilgili görüşmelere, yetkili Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin kendisiyle birlikte katılmasını sağlamak ya da kendisini temsilen yetkili bir temsilcisini veya avukatını göndermek hakkına sahip olan mükellefler uygulamada inceleme elemanlarının çeşitli tepkileri ve tavırları ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Oysa bu hem İdare hem de mükellef için hukuken bir ko-

ruma teşkil etmektedir. Bu nedenle vergi incelemesi ile uğraşanların kendilerinin denetlendiği intibandan kurtulmaları gerekmektedir.

Keza tutanaklar bakımından da benzer problemler yaşanmaktadır. Mükellefler de hukuken bu tutanakları incelemeden önce bunları incelemek, görüşlerini veya itirazlarını yazmak hakkına sahiptirler. İnceleme elemanlarının bu itirazları tutanağa dahil etmek istememeleri sebebiyle mükellefler de tutanakları imzalamamakta, böylece defterler kendisinden alınmaktadır. Yine uygulamada vergi inceleme elemanlarının mükelleflere yazılan metinleri olduğu gibi imzalamaları yönünde telkinde bulunmaları sık rastlanan bir durumdur. Bunun neticesi mükellefler için oldukça ağır olmakta, tutanağı imzalamaları sebebiyle bazı haklarını kullanamamakta veya savunmalarını doğru biçimde yapamamaktadırlar.

Bunların yanında tutanakların suretlerinin mükellefe verilmesi, listelerin hazırlanması, bazı belgelerin birer suretlerinin kendisine verilmesi veya elektronik ortamda saklanan bilgilerin veya hard disklerin kopyalarının kendilerine verilmesi bakımından çok sayıda problem vardır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları dikkate alındığında bu konunun hassasiyeti daha iyi anlaşılmaktadır.

Aramalar bakımından da aynı sorunlar mevcuttur. Özellikle bazı alanlarda kişilerin temel hak ve hürriyetleri kolaylıkla ihlal edildiğinden bu konuda İdare'nin daha titiz olması gerekmektedir. Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı bu konuda en fazla yapılan ihlallerin başında gelen alanlar olmasına rağmen bugüne kadar ciddi bir çözü getirilememiştir.

Uygulamada VUK madde 127 çerçevesinde yoklama adı altında arama yapılamayacağı açıkken yapılan elkoymalar sebebiyle yine temel hakların ihlali söz konusu olmaktadır. Zira, madde metninde kendilerine kanuni defter ve belgeler dışında kalan ve vergi kaybının bulunduğu emare teşkil eden defter, belge ve delillerin tespit edilmesi halinde bunları almak yetkisi verilmektedir.

Vergi incelemelerinde bir başka problemler alan zamanaşımı konusundadır. VUK'nun 138. maddesi uyarınca, vergi incelemesi tarh zamanaşımı süresi sonuna kadar yapılabilir. Ancak VUK'nun 114/2. fıkrasına göre, takdir komisyonuna müracaat edilmesi tarh zamanaşımı süresini durdurmaktadır. 6009 sayılı Kanun değişikliğinden önce söz konusu fıkrada, vergi dairesince matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulması ile duran tarh zamana-

şımı komisyon kararının vergi dairesine tevdiini takip eden günden itibaren işlemeye devam etmekteydi.

Anayasa Mahkemesi'nin 2012/15 Sayılı Kararı ile ilgili fıkranın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir¹⁸. Anayasa Mahkemesi kararında temel olarak şu noktalar üzerinde durmuştur:

- Düzenlemeden beklenen kamu yararının, vergi borçlarının zamanaşımına uğramasını önleyerek daha yüksek oranda tahsilâtın sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık mükelleflerin, zamanaşımına uğramış vergi borçlarından sorumlu tutulmaları, diğer bir anlatımla zamanaşımına uğramış borçların yeniden canlandırılması hukuka olan güven duygusunu zedeler ve hukuk güvenliği ilkesi ile de bağdaşmaz.

- 6009 sayılı Kanun'un 62. maddesinin (d) bendinde yer alan ibare ile getirilen düzenlemenin, mükelleflerin sorumluluklarını geçmişe dönük olarak arttırması ve zamanaşımına uğramış vergi borçlarını canlandırması hukuk kurallarının geriye yürütülmesi anlamına gelmekte ve Anayasa'da yer alan hukuk devleti kapsamındaki hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

- Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, 6009 sayılı Kanun'un 62. maddesinin (d) bendinde yer alan 8. ve 16. maddeler yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Bu değerlendirmeler sonrasında Anayasa Mahkemesi, 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 62. maddesinin (d) bendinde yer alan "... 1.7.2010 tarihinden geçerli olmak üzere ..." ibaresinin, bu bentte yer alan 8. ve 16. maddeler yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline, 26.1.2012 gününde oybirliğiyle karar vermiştir.

Bu açıklamalar ve değerlendirmeler çerçevesinde konuyla ilgili bazı özellikler bulunmaktadır¹⁹:

1. 6009 sayılı Kanun'un 8. ve 16. maddeleri ile getirilen düzenlemeler şöyledir:

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, E.2011/74, K.2012/15, RG: 21 Temmuz 2012 - 28360.

¹⁹ Hakan Üzeltürk, "Anayasa Mahkemesinin 2012/15 Sayılı Kararı: Birkaç Not", *Legal Mali Hukuk Dergisi*, S.92, Ağustos-2012.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

213 sayılı Kanununun 114. maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Şu kadar ki, vergi dairesince matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulması, zamanaşımını durdurur. Duran zamanaşımı mezkûr komisyon kararının vergi dairesine tevdiini takip eden günden itibaren kaldığı yerden işlemeye devam eder. Ancak işlemeyen süre her hâl ve takdirde bir yıldan fazla olamaz.”

213 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 28- 1.1.2005 tarihinden önceki dönemlere ilişkin olarak, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce matrah takdiri için takdir komisyonuna sevk edilmiş olup, komisyonca takdir edilen matrah üzerinden 31.12.2012 tarihine kadar tarh ve tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar. Bu hüküm, 374 üncü maddede yer alan ceza kesmede zamanaşımı açısından da uygulanır.”

2. 6009 sayılı kanun’un yürürlük tarihinin ilgili hükümler çerçevesinde 1.7.2010 olarak belirlenmesi sonucunda söz konusu Anayasa’ya aykırılı durumu da ortaya çıkmıştır. Zira 8.7.2010-1.8.2010 tarihleri arasında yeni bir düzenleme getirilememiştir. Bu sürede eski düzenleme de Anayasa Mahkemesi tarafında iptal edildiğinden genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerekecektir. Dolayısıyla yukarıda belirtilen tarihler arasında kalan tarh işlemleri bakımından zamanaşımı söz konusu olacaktır. Bu çerçevede anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar olumludur.

3. Burada verilen kararın olumlu olduğunu söylemekle birlikte aslında bunu zaman yönünden düzeltilmiş bir durum olarak görmek gerekmektedir. Asıl üzerinde durulması gereken husus yukarıda metni verilen Vergi usul Kanunu’nun 114. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasıdır. Zira, Anayasa Mahkemesi’nin daha önce Anayasa’ya aykırı bulunduğu takdir komisyonuna sevk işlemi zamanaşımı ilişkisini biçim değiştirerek de olsa halen sürdürülmesi sebebiyle uygulamada mükellef hakları bakımından ortaya çıkan olumsuz durumdur.

4. Bu duruma ek olarak bir başla olumsuzluk geçici 28. madde ile getirilen düzenlemedir. Bu düzenleme ile zamanaşımı müessesine yeni bir yorum getirilmek suretiyle 1.1.2005 öncesi dönemlerle ilgili zamanaşımı süresi 31.12.2012 tarihine kadar uzatılmış ve normal zamanaşımı süresinin çok ötesinde yıllara varan bir zamanaşımı süreci yaratılmıştır. Ceza kesme zamanaşımı da buna dahil edilmiştir. Bu durum hukuka aykırıdır.

5. Bütün bunların yanında, Anayasa Mahkemesi'nin son kararı da dikkate alındığında, örneğin, 10 Temmuz 2010 tarihinde matrah takdiri için takdir komisyonuna sevk edilmiş mükelleflerle 1 Ağustos 2010 tarihinde matrah takdiri için takdir komisyonuna sevk edilmiş mükellefler arasında da Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesi bakımından hukuka aykırılıklar ortaya çıkmaktadır.

6. Yukarıda belirtilen durumların hepsinin ötesinde, Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce verilen ve Karar'ın 8.1.2010 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanması ile başlayan 6 aylık sürenin 8.7.2010 tarihinde sona ermesine kadar geçen sürenin de aslında İdare'ye yeni düzenleme yapma süresi olarak verildiği, bu durumun bir önceki takdir komisyonuna sevk işlemi ve zamanaşımı ilişkisi konusundaki Anayasa'ya aykırılık gerçeğini değiştirmeyeceği dikkate alındığında, vergi ziyayı cezasında olduğu gibi, ülkemizin hukuk ve özellikle vergi ve hukuk, konusunda daha alması gereken uzun bir yol olduğu görülmektedir.

Görüldüğü üzere yukarıda yer alan açıklamalar vergi denetimleri bakımından İdarenin vergi ve hukuk ilişkisini uzun yıllar önce kurması gerekirken hala çok ciddi eksikliklerin bulunduğunu göstermektedir.

Burada asıl üzerinde durulması gereken husus vergi incelemeleri ile ilgili olarak Vergi Usul Kanunu'nda yapılan değişikliklerdir. Her ne kadar bu değişikliklerdeki temel amacın vergi inceleme elemanları arasında düzenlenen raporlar bakımından oluşan farklılıkların giderilmesi ve bir uyum sağlanması olarak ifade edilmişse de gerçek durum bundan çok farklı yön- lere gitmektedir²⁰.

Yukarıda bir bölümü ifade edildiği üzere vergi denetimleri bakımından önemli bir yer tutan vergi incelemelerinde amaç ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamaktır. Bu sebeple vergi incelemeleri etkin bir vergi denetiminin temel noktalarındandır.

Vergi denetiminin tek çatı altında toplanması düşüncesi yine uzun bir süreç sonrasında mevzuat bakımından gerçekleştirilmiştir. Bununla birlikte uygulamada bu konunun nasıl gelişeceğini görmek zaman alacaktır. Yeni kadrolar sonrasında denetim mekanizmasının yeterli, hızlı ve etkili işleyip işlemeyeceği sorusu yanında mevzuat problemlerinin aşılıp aşı-

²⁰ Hakan Üzeltürk, "Vergi İncelemelerinde Güncel Gelişmeler", *TÜSİAD Görüş Dergisi*, No.71, Aralık-2011.

lamayacağı da bir başka soru olarak varlığını sürdürmektedir. Kadro eksiklikleri ve vergi denetim oranlarının düşüklüğü aşılamayacak problemler değildir.

Her ne kadar bugüne kadar neden yapılmadığı sorusu tam olarak yetkililerce cevaplandırılmasa bile, bundan sonraki denetimlerde bir başka önemli konu kalite meselesi olacaktır. Vergi denetimi yapılırken denetmenlerin sadece İdare tarafından anlaşıldığı gibi, denetim elemanlarının bu işi önceden yapanlardan öğrendiği gibi veya ülkemiz şartlarının gerektirdiği gibi değil, uluslararası hukuka uygun olarak, hukukun üstünlüğünü gözeterek ve mükelleflerin de hakları olduğu düşüncesinden yola çıkarak herkes tarafından objektifliği kabul edilebilecek şekilde denetim yapmaları gerekmektedir.

10.7.2011 tarih ve 27990 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 646 sayılı “Vergi Denetim Kurulu Başkanlığının Kurulması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname” ile Vergi Usul Kanunu’nun vergi incelemeleri ile ilgili maddelerinde de değişiklikler yapılmıştır. Bu çerçevede 135. maddenin ilk fıkrası değiştirilerek vergi müfettişleri ve vergi müfettiş yardımcıları getirilmiştir. Böylece düşünülen çatı değişikliği ile vergi müfettişliği kavramı esas olarak kullanılmaya başlamıştır.

Yukarıda belirtilen 646 sayılı K.H.K.’den yaklaşık bir yıl önce ise 1.8.2010 tarih ve 27659 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 6009 sayılı “Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile de inceleme maddelerinde bazı değişiklikler yapılmıştı. Bu iki düzenleme çerçevesinde incelemede uyulacak esasları düzenleyen 140. maddeye bazı eklemeler yapılmıştır. 6009 sayılı Kanun’un 9. maddesiyle eklenen ve yürürlük tarihi 1.1.2011 olarak belirlenen 5 ve 6. bentlere göre:

“5. Vergi kanunlarıyla ilgili kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülere aykırı vergi inceleme raporu düzenleyemezler. Ancak, bu düzenlemelerin vergi kanunlarına aykırı olduğu kanaatine varılırsa bu hususu bağlı oldukları birimler aracılığıyla Gelir İdaresi Başkanlığına düzenleyecekleri bir rapor ile bildirirler.

6. İncelemeye başlanıldığı tarihten itibaren, tam inceleme yapılması halinde en fazla bir yıl, sınırlı inceleme yapılması halinde ise en fazla altı ay içinde incelemeleri bitirmeleri esastır. Bu süreler içinde incelemenin

bitirilememesi halinde ek süre talep edilebilir. Bu talep vergi incelemesine yetkili olanların bağlı olduğu birim tarafından değerlendirilir ve altı ayı geçmemek üzere ek süre verilebilir. Bu durumda, vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların bağlı olduğu birim tarafından incelemenin bitirilememe nedenleri yazılı olarak nezdinde inceleme yapılanı bildirilir. Vergi incelemesi yapmaya yetkili olanların bağlı olduğu birimler vergi incelemesinin öngörülen süreler içinde bitirilmesi için gerekli tedbirleri alırlar.”

Burada en fazla dikkat çeken husus 5. bentte yer alan vergi kanunlarıyla ilgili kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ ve sirkülere aykırı vergi inceleme raporu düzenlenemeyeceği şeklindeki ifadedir. Aynı ifade Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 18. maddesinde de yer almaktadır. Bu düzenleme ile vergi incelemelerinde zaten çok tartışılan objektif olma özelliği ortadan kaldırılmıştır. Burada hukukun üstünlüğü kavramının içi de boşaltılmaktadır. Vergi inceleme elemanları genel tebliğ ve sirküler gibi idarenin görüşlerini de yansıtan düzenlemelere uygun olarak karar vermek zorunda bırakılmaktadırlar.

Her ne kadar maddenin devamında inceleme elemanların bu düzenlemelerin vergi kanunlarına aykırı olduğu kanaatine varırlarsa bu hususu bağlı oldukları birimler aracılığıyla Gelir İdaresi Başkanlığına düzenleyecekleri bir rapor ile bildirecekleri ifadesi bulunmakta ise de bu durumda inceleme elemanlarının kendi kurumu görüşü aleyhine bir rapor düzenlemek zorunda bırakılması, belirtilen raporun sonucunun ne olacağına belirsiz olması ve vergi incelemelerinin zaten hukuka uygun olması gerekmesi sebebiyle bunun bir anlamı kalmamaktadır. Burada yıllardır hukuka aykırı kanun, kanuna aykırı tebliğ ve sirküler kısır döngüsü sebebiyle ortaya çıkan farklı uygulamaların ve vergi inceleme raporlarının tek bir yöne doğru yapılması sonucu ağırlıklı olarak ortaya çıkmaktadır.

Burada gerek mükelleflerin gerekse vergi inceleme elemanlarının dikkat etmesi gereken nokta incelemelerin hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesidir. Bu sadece mevcut kanunlarımızı değil, kanunlarda olması gereken temel hukuk prensiplerini, uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülüklerimizi ve bağlayıcı yargı kararlarımızı da içermektedir. Bu ifadenin ve anlayışın mutlaka değiştirilmesi gerekmektedir.

Bu iki bent dışında aynı çerçevede getirilen fakat 646 sayılı K.H.K. ile zaruri olarak değiştirilen düzenlemenin temeli şu şekildedir:

“Vergi Müfettişleri ile Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından düzenlenen vergi inceleme raporları, işleme konulmak üzere ilgili vergi dairesine tevdi edilmeden önce, meslekte on yılını tamamlamış en az üç Vergi Müfettişinden oluşturulacak rapor değerlendirme komisyonları tarafından vergi kanunları ile bunlara ilişkin kararname, tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, sirküler ve özelgelere uygunluğu yönünden değerlendirilir...”

Burada eski okuma komisyonlarının işlevini görmek ve eksikliği gidermek amacıyla getirilen bu düzenlemenin uygulamada ne şekilde işleyeceği zamanla görülecektir. Uygulamada inceleme raporlarının sayısı dikkate alındığında bu komisyonların nasıl işleyeceği konusu tereddüt uyandırmaktadır. Bu komisyonların işletileceği yönündeki ifadeler de ayrıca verilecek kararların objektif ve detaylı olabilmesi bakımından kuşku yarattığıdır.

Yukarıda belirtilen düzenlemeler kapsamında ayrıca 140. maddede belirtilen bazı yönetmelikler 31.10.2011 tarih ve 28101 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Bunlar dört tane olup, Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği; Vergi İncelemelerinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik; Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği; Rapor Değerlendirme Komisyonlarının Oluşturulması ile Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'tir.

Bu değişikliklerin bir kısmı yeni düzenlemeler kapsamında eski düzenlemelerde yer alan çeşitli ifadelerin değiştirilmesi zaruretinden kaynaklanmaktadır. Keza Vergi Denetim Kurulu Yönetmeliği yeni oluşum ve iç organizasyonla ilgili düzenlemeler getirmektedir. Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliği ifade değişiklikleri yanında uzlaşma sırasında bulundurulabilecek kişilerle ilgili düzenleme getirmektedir. Buna göre bağlı olunan meslek odasından bir temsilci ile Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'na göre kurulan meslek odalarından bir meslek mensubu hazır bulundurulabilecektir. Bu konuda zaten daha önce de uluslararası mevzuat dikkate alındığında mükellef bakımından olması gereken durum ortaya konmuştur.

Vergi İncelemeleri ve Rapor Değerlendirme Komisyonları ile ilgili Yönetmeliklerde ise bazı düzenlemeler ilgi çekicidir. Bunlardan uygulamada vergide nezaket dönemi olarak lanse edilen ve uzun zamandır olması gerektiği belirtilen düzenleme ile:

• Yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğini, mükellefin hak ve hukukunu da gözetmek suretiyle denetlemek.

• Kanun hükümlerini uygularken kamu hak ve hukukunun korunmasında gerekli özeni göstermek.

• Mükelleflere ve diğer şahıslara karşı nazik, ölçülü ve mesleki saygınlığın gerektirdiği şekilde tutarlı davranmak.

• Mensubu oldukları kurumun amaçlarına ve misyonuna uygun davranmak, mesleğin gerektirdiği itibar ve güvene layık olduğunu davranışlarıyla da göstermek.

• Görevin yerine getirilmesinde sürekli gelişimi, saydamlığı, tarafsızlığı, dürüstlüğü, kamu yararını gözetmeyi, hesap verilebilirliği ve öngörülebilirliği esas almak.

• Tüm eylem ve işlemlerde yasallık, adalet ve dürüstlük ilkeleri doğrultusunda hareket etmek, tarafsızlıklarını engelleyecek herhangi bir etkiye izin vermemek.

• Amacın, ödenmesi gereken vergi tutarını doğru olarak tespit etmek olduğunu daima göz önünde bulundurmak ve bu çerçevede inceleme sonucunda, gerekmesi halinde, mükellef lehine düzeltmelerin de yapılmasını sağlamak.

• Görevlerini, unvanlarını ve yetkilerini kullanarak kendileri, yakınları veya üçüncü kişiler lehine menfaat sağlamamak.

• Başkanlıkça belirlenen diğer ilke ve standartlara da bağlı kalmak.

Bu düzenlemeler ile uygulamada çok sıkça karşı karşıya kalınan mükellef vergi inceleme elemanı çekişmeleri çözümlenmek istenmiştir. Bununla birlikte, daha önce de olduğu gibi, iyi niyetli inceleme elemanları yanında mükellefle ilgili davranış problemleri bulunanların bu kurallara uymamaları halinde ne olacağı açık olmadığından bunlar birer temenniden öteye geçememekte, mükellef hakları uygulamaya tam anlamıyla yansıtılmamaktadır.

Yönetmelikte ayrıca inceleme sonucunda gerekirse mükellef lehine düzeltmelerin de yapılması gerektiği belirtilmektedir. Böylece uygulamada hatalı olarak yapılmakla birlikte sıkça gündeme gelen mükellef aleyhine olan hususların eleştirilmesi, lehine olanların ise dikkate alınmaması sonucu ortadan kaldırılmak istenmektedir. Bu konuda hem mükelleflerin hakla-

rını bilmemeleri hem de idare ile fazla uğraşmak istememeleri bugüne kadar ihmal edilen bu durumu gündeme taşımıştır.

Yönetmelikle getirilen bir başka önemli husus, defter ve belgelerin yazılı olarak istenmesi ve tutanakla teslim edilmesidir. Sözlü olarak, örneğin alışlageldiği üzere telefonla yapılan taleplerin hukuka aykırı olduğu bir kere daha anlaşılmıştır. Ayrıca bu durumun ispat hukuku bakımından mükellef aleyhine olan sonuçları da önlenebilecektir.

Uygulamada bir başka problem mükelleflerin itirazlarının ve düşüncelerinin tutanağa geçirilmesi konusundadır. Burada uluslararası hukuk ilkeleri gereğince zaten bu hakkını kullanmasının engellenmesi mümkün olmayan mükellefin söz konusu hakkı bir kere daha ortaya konulmaktadır. Bu durumda zaten yıllardır dava hakkını kullanan mükelleflerin yanında inceleme elemanları da artık bu konuda mükellefi sınırlandırıcı veya yönlendirici davranışlarda bulunamayacaklardır.

Bütün bu açıklamalar dışında incelemelerde ve aramalarda dikkat edilmesi gereken bazı hususlar bulunmaktadır:

1. İnceleme kural olarak 139. madde çerçevesinde işyerinde yapılabileceğinden gerekli uygun mekân inceleme elemanlarına tahsis edilmelidir. Kanun'da incelemelerin ne zaman işyerinde değil İdare'nin binasında yapılacağı belirlenmiş bulunmaktadır. Bu durumlar dışında mükellefin inceleme için İdare'ye gitme zarureti bulunmamaktadır. İdarenin bu duruma yol açacak zorlayıcı davranışlar içine girmemesi gerekmektedir.

2. İnceleme konusunda inceleme elemanları mükellefe neden söz konusu işlemin yapıldığını ve açıklamak zorundadır. Mükellefe ayrıca uluslararası sözleşme ve yargı kararları çerçevesinde inceleme ve aramalar sırasında haklarının da açıklanması zarureti bulunmaktadır. Yıllardır eksikliği çekilen bu husus uygulamada düzeltilmelidir.

3. İnceleme raporlarında "...yapıldığı anlaşılmaktadır", "bu amaçla davranıldığı açıktır", "...niyetiyle hareket etmiştir", "gibi hiçbir somut olay veya bilgi ve belgeye dayanmayan sadece soyut bazı ifadelerin yer almaması gerekmektedir. Bu gibi hukuken eksik ve ispat yükünü yerine getirici nitelikte olmayan değerlendirmeler sonucunda yapılan tarhiyatlar da hem davaların kaybedilmesine, hem yargının yükünün artmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla vergi inceleme elemanlarının vergi inceleme raporlarını suçun hukuken tespitine yönelik olarak hazırlamaları zarureti bulunmaktadır. Hukuk bilgisi eksikliği İdare'nin en büyük zaafiyetidir.

4. Aramalar bakımından ise şahsi eşyalara elkonması mükellefler bakımından problem yaratmaktadır. Arama sırasında uyulacak kuralların belirlenmesinde uluslararası düzenlemelerde belirtilen ilkelerin bu işlemleri yapanlara öğretilip öğretilmediğinin ve öğretilenlerin doğru olup olmadığının da ayrıca kontrol edilmesi gerekmektedir.

5. Mükellef veya temsilcisinden talep edilen bilgiler bazı hallerde aramanın sınırları dışına çıkmaktadır. Burada adil yargılanma hakkı kapsamında kişilerin kendi aleyhine delil yaratmaması hususuna dikkat edilmemektedir. Ayrıca inceleme aşamasının da dahil olduğu adil yargılanma kapsamında mükelleflerin diğer hakları da zarar görmemelidir.

6. Aramada en fazla sıkıntı yaşanan husus bilgisayarlar konusunda olmaktadır. El konulan bilgisayarların içindeki kayıtların bir suretinin mükellefe verilerek götürülmesi gerekirken hiçbir izahat yapılmadan bilgisayarlar alınmakta, daha sonra bazı bilgilerin veya kayıtların bulunamadığı hem idare hem de mükellefler tarafından ileri sürülmektedir. Bu durumda mükellef temel bir hak olan savunma hakkını kullanamamakta, olmayan bir bilgiyi izah edememektedir. Özellikle bilgisayarlarda yer alan bazı bilgiler kişisel, bazıları ise şirketle ilgili ticari değeri çok yüksek olabilen ve rekabeti rahatça etkileyecek niteliktedir. Bunların kimler tarafından görüldüğü, kopyalanıp kopyalanmadığı ya da herhangi bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı belli değildir.

Son dönemde vergi incelemeleri ile bağlantılı olarak birçok düzenleme yapılmıştır. Bunlar hem kanun metinlerinde hem de yönetmeliklerde yer almaktadır. Yukarıda detayları izah edildiği üzere ülkemizin bu çerçevede yapması gereken pek çok şey bulunmaktadır. Bunlardan temel nitelikte olanlar şunlardır:

- Mükellef haklarının kanun metni haline getirilmesi ve ayrıca çeşitli bağlantılı maddelerde buna uygun düzenlemeler yapılması.

- Vergi incelemeleri yapacakların özellikle hukuk açısından eğitimi.

- Mevzuatta yer alan hususların uygulamaya yansımalarının sağlanması.

- Vergi kanunlarında hukukun üstünlüğüne aykırı düşen ifadelerin değiştirilmesi.

- Yargıda yıllardır süren problemlerin dikkate alınarak mevzuat değişiklikleri yapılması.

• Uluslararası vergi prensipleri yanında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşme Hükümlerinin ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının uygulamaya geçirilmesi.

• Vergi incelemelerinin vergi mükelleflerinin haklarını dikkate almayacak şekilde keyfi hale dönüştürülmemesi.

Vergi denetimleri bakımından üzerinde durulması gereken bir konunun da vergi dairesi müdürleri tarafından yapılan denetimler olduğu belirtilmektedir²¹. Buna göre, Türkiye genelinde 449 vergi dairesi bulunmakta, vergi dairesi açılmayacak kadar küçük ilçelerimizde ise malmüdürleri aynı zamanda verginin toplanması konusunda yetkilendirilmiş olup, sayıları 538'dir. Bu kapsamda, 2013 senesinde vergi dairesi müdürleri beyan edilen tutarın % 87.5'i oranında gizlenmiş, kaçırılmış ya da beyan edilmemiş kazanç tespit etmişlerdir²². Bu da oldukça yüksek bir orandır.

Denetim konusunda bu kurumun içinde olanlar da etkinliğin artırılması bakımından bazı önerilerde bulunmuşlardır²³. Buna göre etkin ve iyi işleyen bir vergi sisteminde temel taşlar vergi mevzuatı, vergi idaresi, vergi denetim birimi ve vergi yargısı olarak belirtilmiştir. Bu çerçevede etkin bir vergi denetimi için:

• Vergi mevzuatı, vergi inceleme elemanlarınca tarafsız, objektif ve dış etkilerden uzak bir şekilde uygulanmalıdır.

• Hazinesin çıkarları savunulurken, mükellef hukuku gözetilmeli; kısaca vergi inceleme elemanları mali savcı gibi hareket etmelidirler.

• Vergi Denetimi, yeni teknolojik olanaklardan da yararlanarak planlı, hızlı ve verimli çalışmalıdır.

• Vergi inceleme elemanları, etik değerlere bağlı ve iyi bir kurum kültürüne sahip olmalı ve aralarında iyi işleyen bir otokontrol mekanizması kurulmalıdır.

• Vergi Denetimi, yasaların elverdiği ölçüde saydam olmalı ve hesap verebilmelidir.

²¹ H. İbrahim Yumuşak-Nazmi Karyağdı, "Gelir İdaresinin Denetim Ordusu Vergi Dairesi Müdürleri % 87,5 Oranında Vergi Kaçağı Tespit Etti!", www.vergialgi.net, 26 Mayıs 2014.

²² Gelir İdaresi Başkanlığı 2013 Faaliyet Raporu, www.gib.gov.tr

²³ Necdet Gökmen, "Vergi Denetiminde Yeniden Yapılanmaya Şimdi Daha Fazla İhtiyaç Var", *Vergi Dünyası*, Sayı 370, Haziran-2012, s. 6-13.

• Kalifiye vergi inceleme elemanı istihdam edilmelidir. Bunun için vergi denetim elemanlığı, önde gelen üniversitelerin en iyi mezunlarının işe girmek için ilgi odağı haline getirilmeli; işe alınanlar mesleğin ve sorumlulukları mükellef grubunun gerekleri doğrultusunda en iyi şekilde eğitilip yetiştirilmeli; yetişmiş kıdemli vergi inceleme elemanlarının kurumda kalmaları sağlanarak hizmetlerinden mümkün olduğunca uzun süre yararlanılmalı; ayrıca, uzun yılların birikimi ile oluşan kurum kültürü kıdemlilerce genç kuşaklara aktarılabilir.

• Uzmanlaşmaya önem verilmeli; her birmükellef grubunun farklı inceleme elemanları tarafından incelenmesini sağlayacak şekilde iç yapılanmaya gidilmeli; ancak, uzmanlaşma uğruna incelemelerin bütünlüğünün bozulmamasına özen gösterilmelidir.

• Vergi denetiminin ülke genelinde tek elden planlanması, yönetilmesi, denetimde koordinasyon ve etkinliğin sağlanması, insan gücünün etkin ve verimli kullanılması, vergi inceleme elemanları arasında uygulama birliğinin temin edilmesi bakımından, tüm vergi inceleme elemanları Bakana bağlı Maliye Denetleme Kurulu çatısı altında, “merkez” ve taşra” olmak üzere iki kademeli olarak örgütlenmelidir. Sistemin bütünlüğünün bozulmaması, yetki kargaşası ve kaos yaşanmaması bakımından, bu birim dışında hiçbir kişi ya da kurum vergi inceleme yetkisi kullanmamalıdır.

Vergi Denetim Kurulu tarafından yapılan 2011, 2012 ve 2013 vergi incelemelerinde toplam incelenen vergi mükellefi sayısı 134.464 olmuştur²⁴. Rapor’da bulunan matrah farkları, tarhi istenen vergi tutarı ve kesilmesi istenen cezalar belirtilmesine rağmen bunlardan ne kadarının hukuken kesinleştiği konusu açık olmadığından amaca hizmet etmemektedir. Önerilen tarhiyatlar bakımından dikkat çekici bir husus ise KDV+ÖTV toplamının %74 oranında gerçekleşmiş olmasıdır.

2013 senesi Gelir İdaresi Başkanlığı ve Vergi Denetim Kurulu Raporları çerçevesinde, Gelir İdaresinde görev yapan vergi dairesi müdürleri 2013 yılında yaptıkları denetimler sonucu 151,6 milyon TL vergi kaybı tespit etmişler, bu kayıp ile ilgili olarak 484,7 milyon TL vergi cezası kesmişlerdir. Vergi Dairelerinin yapmış oldukları yoklamalarda tespit ettikleri usulsüzlükler nedeniyle kestikleri 99,5 milyon TL ile birlikte Gelir

²⁴ Vergi Denetim Kurulu Faaliyet Raporu 2013, yayın tarihi 1.4.2014.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

İdaresince kesilen ceza toplamı 584,2 milyar TL'ye ulaşmaktadır. Buna karşılık Vergi Denetim Kurulu yapmış olduğu vergi denetimleri sonucu 2013 yılında 8,5 milyar TL vergi kayıp kaçağı tespit etmiş, bu kayıpla ilgili olarak 19,2 milyar TL ceza kesmiştir. Gelir İdaresi ve Vergi denetim Kurulu Başkanlığının 2013 yılında topluca tespit ettikleri vergi kayıp kaçağı tutarı 8,7 milyar TL, bunun için kestikleri ceza da topluca 19,6 milyar TL'dir²⁵.

Konuya uzlaşmalar açısından bakarsak, Vergi Denetim Kurulu 860 Milyon TL vergiyi uzlaşmaya konu etmiş, bunun 725 milyar TL si üzerinde uzlaşma sağlamıştır. Bu, % 16 oranında bir indirim yapıldığı anlamına gelmektedir. Buna karşılık Gelir İdaresi 494,2 milyar TL vergiyi uzlaşma konusu etmiş, 315 milyar TL üzerinde uzlaşma sağlamıştır. Uzlaşmak için yapılan indirim oranı % 36 civarındadır. Her iki kurumda toplu olarak uzlaşmaya konu edilen vergi tutarı 1,3 milyar TL üzerinde uzlaşma sağlanan vergi tutarı 1 milyar TL civarındadır. Uzlaşma için sağlanan indirim oranı % 23 civarındadır. Her iki kurumca tespit edilen 8,7 milyar TL vergi kayıp kaçağına rağmen bu tutarın sadece 1,3 milyar TL tutarındaki kısmı uzlaşmaya konu edilmiştir. Geriye kalan 7,4 milyar TL vergi kaybı ile ilgili olarak ya mükelleflerle uzlaşma sağlanamamış ya da mükellefler uzlaşma talep etmeksizin dava açma yoluna gitmişlerdir. Tespit edilen bu vergi kayıp ve kaçağı ile ilgili olarak mükelleflere ulaşma imkânının bulunamamış olması da sözkonusu olabilir Bu tespit edilen vergi kayıp ve kaçağının 7,4 milyar TL kısmının 2013 yılı içinde tahsil edilemediği anlamına gelmektedir. 2013 yılında yapılan vergi denetimleri sonucu tespit edilen vergi kayıp kaçağının % 85'i devlet tarafından tahsil edilememiştir²⁶.

Kesilen cezalarda durum farklı değildir. Vergi kayıp kaçağı ile ilgili olarak kesilen vergi cezası 18,1 Milyar TL'dir. Vergi Denetim Kurulunda vergi cezasının 1,5 milyar TL uzlaşmaya konu edilmiş ve bunun % 6'sı üzerinde yani sadece 90 milyon TL üzerinde uzlaşma sağlanmıştır. Vergi Denetim Kurulu kendi kesmiş olduğu cezanın % 94'ünü uzlaşmalarda kaldırmaktadır.

²⁵ Bülent Taş, "Vergi Denetimleri, Etkinlik ve Vergi Afları", www.vergialgi.net, 8 Haziran 2014.

²⁶ Taş, op. cit.

Kesilen cezaların Gelir İdaresinde uzlaşmaya konu edilen kısmı 650 milyon TL olup bunu % 5 üzerinde yani sadece 30 milyon TL üzerinde uzlaşma sağlanmıştır. Gelir İdaresi gerek kendi müdürlerinin gerekse Vergi Denetim Kurulu müfettişlerinin kestikleri cezanın % 95'ini kaldırmıştır. Toplamda her iki kurumda uzlaşmaya konu edilen ceza tutarı 2,1 milyar TL üzerinde uzlaşılan ceza tutarı 121 milyon TL dolayısıyla kaldırılan ceza tutarı 2 milyar TL'dir.

Ayrıca gerek vergi denetimlerinde gerekse vergi dairelerince yapılan yoklamalarda tespit edilen usulsüzlükler için kesilen ceza tutarı 1,5 milyar TL'dir. Bu usulsüzlükler için kesilen cezalarda uzlaşma sözkonusu olamamaktadır. Bu durumda, kesilen vergi cezalarından 121 milyon TL tahsil edilmiş, 2 milyar TL kaldırılmış, 16 milyar TL tahsil edilememiş olup, kesilen 19,6 milyar TL ceza toplamının sadece 650 milyon TL kısmı tahsil edilebilmiştir. Tahsil edilemeyen vergi cezası ve usulsüzlük ceza tutarı 17 milyar TL'dir. Tahsilât oranı sadece % 3'tür²⁷.

Bütün bu açıklama ve bilgiler vergi denetimlerinin etkin olmadığı ve sonuca ulaşamadığını göstermektedir. Ayrıca vergi aflarının gündemden hiç eksilmemesi denetimlerin etkinliği yanında vergi kültürünü de olumsuz etkilemekte, İdare'nin güvenilirliğini derinden sarsmaktadır. Böyle bir durumda vergi ve hukuk kavramlarının bir araya gelmesi ve çağdaş bir vergi sisteminin oluşturulması mümkün bulunmamaktadır. Bu yazının tamamlanması aşamasında yine Cumhuriyet tarihinin en büyük vergi affi gündemdedir.

IV. Sonuç

Bütün bu bilgiler ışığında aslında etkin bir vergi denetimi ve vergi yargısı olmadan vergi adaletinin sağlanamayacağı aşikârdır²⁸. Bugün hem denetim hem de yargı bakımından sözkonusu etkinliği mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir. Vergi afları da bu olumsuz görüntüyü pekiştirmektedir. Bu nedenle vergi denetim sistemimizin etkinliği temelinde bütün vergi sisteminin gözden geçirilerek yeni ve çağdaş bir yapılanmaya gidilmesi doğru olacaktır.

²⁷ Taş, op. cit.

²⁸ Ümit Süleyman Üstün, *Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yargısı*, 2011 Çağa Hukuk Ödülü, Beta Yayıncılık, İstanbul-2013, s. 157-160.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

KAYNAKÇA

Anayasa Mahkemesi, E.2011/74, K.2012/15, RG: 21 Temmuz 2012 - 28360.

Başaran Yavaşlar Funda, *Vergi Ödevi ilişkisinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü- Hukuk Devleti Bakış Açısıyla*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul-2013.

Bundesfinanzhof v.02.09.1988, BStBl. 1989 II, 4.

Bundesfinanzhof, v. 10.4.2003, BStBl. 2003 II 827.

Bundesfinanzhof, v.18.02.1997, BStBl. 1997 II 499.

Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters.

Council Directive 2011/16/EU of 15 February 2011 on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, 11.3.2011, Official Journal of the European Union L 64/1.

Değirmendereli Ali, *Alman Vergi Sistemi'nde Vergi İncelemesi*, 29. Türkiye Maliye Sempozyumu'nda sunulan tebliğ, 16-20 Mayıs 2014, Antalya.

Gelir İdaresi Başkanlığı 2013 Faaliyet Raporu, www.gib.gov.tr

Gökmen Necdet, "Vergi Denetiminde Yeniden Yapılanmaya Şimdi Daha Fazla ihtiyaç Var", *Vergi Dünyası*, Sayı 370, Haziran-2012.

Kılıç Ramazan, *Uluslararası Alanda Gerçekleştirilen Vergi Denetimi*, 29. Türkiye Maliye Sempozyumu'nda sunulan tebliğ, 16-20 Mayıs 2014, Antalya.

Lamarque Jean, *Code de Procédure Fiscale*, Dalloz, Paris-2008.

Lee Robert, *Gauke Explains UK Tax Inspection System*, Tax-News.com, London, 1 January 2014.

Öner Cihat, *Uluslararası Alanda Vergi İdareleri Arası Bilgi Değişimi*, Yetkin Yayınları, Ankara-2010.

Üstün Ümit Süleyman, *Nasıl Bir Vergi Denetimi ve Vergi Yargısı*, 2011 Çağa Hukuk Ödülü, Beta Yayıncılık, İstanbul-2013.

Üzeltürk Hakan, *Avrupa Birliği Vergi Sisteminde Gelişmeler*, İTO Yayınları, İstanbul-2008.

Üzeltürk Hakan, *Taxation of Income of International Transportation Companies*, Ph. D. Thesis, Edinburgh-1997.

Üzeltürk Hakan, "Anayasa Mahkemesinin 2012/15 Sayılı Kararı: Birkaç Not", *Legal Malî Hukuk Dergisi*, S.92, Ağustos-2012.

Üzeltürk Hakan, “Vergi İncelemelerinde Güncel Gelişmeler”, *TÜ-SİAD Görüş Dergisi*, No.71, Aralık-2011.

Taş Bülent, “Vergi Denetimleri, Etkinlik ve Vergi Afları”, www.vergialgi.net, 8 Haziran 2014.

Vergi Denetim Kurulu Faaliyet Raporu 2013, yayın tarihi 1.4.2014.

W.N. v. Staatssecretaris van Financien, 13.1.2000, C-420/98.

www.oecd.org/tax

www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/conventiononmutualadministrativeassistanceintaxmatters.htm

www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf

Yumuşak H.İbrahim- Karyağdı Nazmi, “Gelir İdaresinin Denetim Ordusu Vergi Dairesi Müdürleri % 87,5 Oranında Vergi Kaçağı Tespit Etti!”, www.vergialgi.net, 26 Mayıs 2014.

ANAYASA MAHKEMESİ'NİN SİYASİ PARTİLER YASASI'NIN 108. MADDESİ HAKKINDA VERDİĞİ İPTAL KARARININ PARTİ YASAKLAMA REJİMİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ

(REPERCUSSIONS OF THE DECISION OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL
COURT CONCERNING THE ANNULLEMENT OF ART. 108 OF THE POLITICAL
PARTIES ACT ON THE PARTY DISSOLUTION PROCEEDINGS)

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK¹

ÖZET

Anayasa Mahkemesi, 8.12.2010 tarihinde Siyasi Partiler Yasası'nın 108. maddesini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. İptal edilen maddeye göre kapatma davası açıldıktan sonra partinin kendini feshetmesi Anayasa Mahkemesinde açılmış bulunan kapatma davasının yürütülmesine ve kapatma kararı verilmesi durumunda doğacak hukuksal sonuçlara hükmedilmesine engel olmaz. Bu hükmün amacı, hakkında kapatma davası açılan bir partinin kapanma kararı alarak kapatma davasının olumsuz sonuçlarından kaçınmasını önlemeye dönüktür. Parti kapatma davaları anayasal düzenin korunması ve temel hakların güvence altına alınması açısından önemli bir işleve sahiptir. Anayasa'nın 69. maddesi açık bir şekilde, "*Siyasî partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır.*" hükmünü ihtiva ettiğine göre, hakkında kapatma davası açılmış bir partinin dava sürecinde kapanma kararı alması hem savcılık makamının kapatma davası açma yetkisini hem de bu davalara bakmakla görevlendirilmiş Anayasa Mahkemesi'nin yargılama faaliyetinde bulunmasını anlamsız ve gereksiz kılar. Sonuç olarak; SPY'nin 108. maddesinin iptali nedeniyle, kapatma davası sürecinde kapanma kararı alan davalı parti açısından, Anayasa'daki yasak ve yaptırımlar (md.68 ve md.69) etkisiz hale gelmiştir.

¹ Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
e-posta: ekremakarturk@hotmail.com

Anahtar Kelimeler: Parti kapatma davası, kapanma kararı, Anayasa Mahkemesi, parti yasakları, anayasaya aykırılık.

ABSTRACT

The Turkish Constitutional Court annulled Art. 108 of the Political Parties Act by finding it against the Constitution. According to the provision which has been annulled, even if the political party has dissolved itself, such dissolution is not an obstacle for the Constitution Court to proceed and rule on the merits of the case. The aim of the mentioned Article is to prevent the political party to avoid negative effects of the dissolution ruling. The case of dissolution has a crucial role on the preservation of constitutional order and the assurance of fundamental rights. As Art. 69 of the Turkish Constitution expressly provides that "The dissolution of political parties shall be decided finally by the Constitutional Court after the filing of a suit by the office of the Chief Public Prosecutor of the High Court of Appeals", the dissolution of the party by itself does not comply with the competence of the Chief Public Prosecutor of the High Court of Appeals and Constitutional Court concerning dissolution of parties. As a result of the annulment of Art. 108 Political Parties Act all the prohibitions and measures (Arts. 68 and 69) have become meaningless for the party which dissolves itself during the dissolution proceeding.

Keywords: *The Case of the Dissolution of Political Parties, Decree of Dissolution, Constitutional Court, Prohibition of Political Parties, Constitutional Challenge.*

I.) İptal Kararının Esası ve Dayandığı Gerekçeler

A) Davanın Süreci

Hakkında kapatma davası açılan Demokratik Halk Partisi (E.2003/1 SPK), dava sürecinde yetkili organının kararı ile kapanma kararı almıştır. Kural olarak hakkında kapatma davası açılan bir partinin kapanma kararı alması kapatma davasına ve kapatma kararının hukuksal sonuçlarına etki etme-

mektedir. Nitekim 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 108. maddesine göre; "Bir siyasi partinin kapatılması için dava açıldıktan sonra o partinin yetkili organı tarafından verilen kapanma kararı, Anayasa Mahkemesinde açılmış bulunan kapatma davasının yürütülmesine ve kapatma kararı verilmesi halinde doğacak hukuki sonuçlara hükmedilmesine engel değildir." Bu hükmün amacı, hakkında kapatma davası açılan bir partinin kapanma kararı alarak kapatma davasının olumsuz sonuçlarından kaçınmasını önlemeye dönüktü.

Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu davada davalı Parti'nin kapanma kararını dikkate alarak, SPY md. 108 hükmünün görülmekte olan davada uygulanacak hüküm olması ve Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptali için başvuru kararı almıştır. Esas hakkında bir karar verilmek üzere davanın geri bırakılmasına karar veren Anayasa Mahkemesi parti kapatma davalarına bakan mahkeme sıfatıyla SPY'nin 108. maddesinin Anayasa'nın 2., 67., 68. ve 69. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz yoluyla iptalini istemiştir². Anayasa Mahkemesi 8.12.2010 tarihli toplantısında SPY'nin md 108. maddesini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir³. Böylece kapanma kararı alan davalı Parti hakkında açılan kapatma davasının devam ettirilmesinin yasal dayanağı ortadan kalkmıştır. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi Demokratik Halk Partisi'nin kapatılması istemiyle

² Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 13.03.2003 gün ve SP.94 Hz.2003/1 sayılı iddianameyle, Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasındaki Demokratik Cumhuriyet, eşitlik ve hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu iddiasıyla dava açmış ve davalı partinin kapatılmasını, kapatmaya beyan ve faaliyetleriyle neden olanların Anayasa'nın 69. maddesinin dokuzuncu fıkrasıyla 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 95. maddesi uyarınca, temelli kapatılmaya ilişkin kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren beş yıl süreyle bir başka siyasi partinin kurucusu, yöneticisi, deneticisi ve üyesi olamayacaklarına, karar verilmesini iddia ve talep etmiştir. Kapatma davası devam ederken davalı Partinin, 19.11.2005 tarihinde gerçekleştirilen olağanüstü büyük kongrede kapanma kararı aldığı tespit edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 17.2.2010 günlü toplantıda, "bakılmakta olan davada uygulanacak olan 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 108. maddesi, Anayasa'nın 68. ve 69. maddelerine aykırı görüldüğünden, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesi uyarınca esas hakkında bir karar verilmek üzere davanın geri bırakılmasına" karar vermiştir.

³ Bkz. AYM. E. 2010/17; K. 2010/112; Kt. 8.12.2010; Resmi Gazete: 05.02.2011-27837.

açılan davanın, 2820 sayılı Kanun'un 108. maddesinin iptal edilmesi nedeniyle düşürülmesine karar vermiştir⁴.

B) İptal Kararının Esası ve Dayandığı Gerekçeler

Anayasa Mahkemesi SPY'nin 108. maddesinin Anayasa'nın 2., 67., 68 ve 69. maddelerine aykırı olduğundan bahisle iptaline karar vermiştir. Yüksek Mahkeme 67. maddede yer alan vatandaşların "*bir siyasî parti içinde siyasî faaliyette bulunma*" hakkını ve 68. maddede yer alan "*siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkını*" esas alarak bu hakların pozitif ve negatif kullanım biçimleri olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme'ye göre; bireysel olarak ya da siyasi parti kurmak suretiyle veya kurulmuş bir siyasi parti çatısı altında siyasi faaliyet bu hakkın kullanımının pozitif yönünü; bireysel olarak siyasi parti üyeliğinden çıkmak veya toplu bir irade açıklaması niteliğindeki büyük kongre kararıyla siyasi parti tüzel kişiliğini sona erdirmek ise negatif yönünü teşkil etmektedir. Anayasa'nın 67. ve 68. maddelerinde de bu haklar güvence altına alınmıştır. Mahkeme bu saptamadan hareket ederek söz konusu hakların öncelikli ve etkin biçimde kullanımını sağlamanın demokratik hukuk devletinin başlıca gereği olduğunu; bu hakları kullanma olanağını olumsuz yönde etkileyen düzenlemelerin hukuk devleti ilkesini zedeleyeceğini ifade etmiştir.

Yüksek Mahkeme, 1995 ve 2010 Anayasa değişikliklerinin gerek parti kapatma nedenlerinin sınırlanması gerekse kapatmanın olumsuz ağır sonuçlarının önemli ölçüde bertaraf edilmesi açısından büyük önem taşıdığını; ayrıca partisinin kapatılmasına söz ve eylemleriyle neden olan parti üyeleri hakkında uygulanan beş yıllık siyaset yasağının İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından, vatandaşların seçilme hakkının ihlalini oluşturması nedeniyle ağır bir yaptırım olarak nitelendirildiğini ve "güdülen meşru amaçla orantılı" bulunmadığından Sözleşmeye Ek 1 Nolu Protokole aykırı bulunduğunu ifade etmiştir. Yüksek Mahkeme iptal davasının diğer esaslarını şu gerekçelere dayandırmıştır:

"İtiraz konusu kuralla, hakkında kapatma davası açılan bir siyasi partinin büyük kongresi tarafından alınan kapanma kararının, bu davanın hu-

⁴ Bkz. AYM E. 2003/1 (Siyasî Parti Kapatma) K. 2011/1; Kt. 24.2.2011; Resmi Gazete: 12.03.2011-27872.

kuki sonuçlarından kurtulma amacı taşıdığı kabul edilerek, esasen hukuki varlığı sona ermiş bulunan siyasi parti hakkındaki davanın devam ettirilmesi sağlanmaktadır. Kapanma kararının başka bir nedene dayanabileceğine ihtimal verilmediğinden, bu hususun davaya bakan mercii tarafından araştırılmasına da gerek görülmemekte ve parti yetkili organının kapanma yönündeki iradesini gözetmeyen itiraz konusu düzenlemeyle siyasi haklara ölçüsüz bir müdahale sonucunu doğurabilecek yolun açılmasına imkân tanınmaktadır.”

“Anayasa’nın siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin hükümleri, süreç içerisindeki uygulama da nazara alınarak değerlendirildiğinde, sınırlı sebeplere dayalı kapatma davasının amacının, demokrasi için ciddi bir tehlike oluşturan siyasi partinin son çare olarak kapatılması suretiyle bu tehlikenin bertaraf edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Bir siyasi partinin kapanma kararı almasıyla da neden olduğu ileri sürülen tehlikenin ortadan kalktığı açıktır. Parti mallarının Hazine’ye geçmesi veya siyaset yasağı gibi yaptırımların uygulanması ise kapatma kararına bağlı ve ikincil niteliktedir. Bir taraftan siyasi partinin bizzat tüzel kişiliğine yönelik kapatma nedenleri sınırlandırılıp, kapatma yerine alternatif çözümler getirilmek suretiyle siyasi partilere ve mensuplarına müdahale alanı daraltılırken diğer yandan, tüzel kişiliği kendi iradesiyle sona erdirilmiş siyasi parti ve üyeleri hakkında kapatmaya bağlı ve ikincil nitelikli yaptırımların uygulanabilmesini temin için davanın sürdürülmesi, siyasi partiler lehine yapılan yasal ve Anayasal düzenlemelerle bağdaşmamaktadır.”

“Hakkında kapatma davası açılan siyasi partinin savunması tüzel kişilik adına yapılmakta, söz ve eylemleri kapatılmaya delil olarak gösterilen partililerin bireysel savunmaları ise alınmamaktadır. Asıl sorumlu olan parti tüzel kişiliğinin hukuki ve fiilî varlığı sona erdirilmiş olsa bile, açılmış kapatma davasının sürdürülmesine imkân tanıyan itiraz konusu kurala, Anayasa’da güvence altına alınmış siyasi haklara ikincil yaptırımlarla ölçüsüz bir müdahale sonucunu doğurabilecek yolun açılmış olması hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturur.”

II.) İptal Kararının Parti Yasaklama Rejimine Etkileri

A) SPY’nin 108. Maddesi’nin Anayasal Anlamı ve Etkisi

Siyasal parti özgürlüğünün bir sonucu olarak parti kurmak da mevcut bir partiye kendisini feshederek tüzel kişiliğine son vermesi de anayasal

güvence altındadır⁵. İptal edilen SPY'nin 108. maddesine göre, kapatma davası açıldıktan sonra partinin kendini feshetmesi Anayasa Mahkemesinde açılmış bulunan kapatma davasının yürütülmesine ve kapatma kararı verilmesi durumunda doğacak hukuksal sonuçlara hükmedilmesine engel olmaz. Nitekim ÖZDEP'in kapatılmasına ilişkin davada söz konusu hüküm uygulama alanı bulmuştur. ÖZDEP, kendisi hakkında açılan kapatma davasından üç ay sonra kapanma kararı almış, buna karşın, Anayasa Mahkemesi SPY'nin 108. maddesini uygulayarak, kapanma kararının "davanın yürütülmesine, sonuçlandırılmasına ve hukuki sonuçlara hükmedilmesine engel" olmayacağına karar vermiştir⁶. Benzer biçimde, Alman Hukukunda da, dava sürecinde ve hükmün ilanından önce davalı parti, yasaklama kararının olumsuz sonuçlarından etkilenmemek için kendini feshederse, bu fesih geçersiz sayılmaktadır. Çünkü Federal Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 46. maddesi, hakkında yasaklama davası açılmış bir partinin hukuksal varlığının sona erdirilmesi konusunda, yalnızca Federal Anayasa Mahkemesi'ni yetkili kılmıştır⁷.

Ancak "kendiliğinden dağılmış" sayılma durumu ile dava esnasında davalı partinin kendini feshetmesi durumunu birbirinden ayırmak gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, kuruluş amaç ve faaliyetlerini yitiren ve organlarını kuramayacak duruma düşen partiler hakkında kapatma kararı değil; partinin "kendiliğinden dağılmış" olduğuna ilişkin bir saptama kararı vermektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, merkez organlarını oluşturabilme olanağı kalmadığı için Yüce Görev Partisi hakkındaki kapatma talebini haklı olarak reddetmiş, dağılma durumunun saptanmasına karar

⁵ Anayasa'nın 68. maddede öngördüğü parti kurma hakkının negatif uzantısı kurulmuş bir partinin yetkili organları tarafından feshedilmesi oluşturur. Nitekim 2820 sayılı SPY'nin 109. maddesine göre; "Bir siyasi partinin kapanmasına ancak büyük kongrece karar verilebilir. Bu karar gizli oyla alınır; karar yeter sayısı, parti tüzüğünde belirtilen toplanma yeter sayısının salt çoğunluğudur." "Siyasi partinin kapanmasına karar verilirse, bu karar derhal kapanan partinin genel başkanlığı tarafından, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, Cumhuriyet Başsavcılığı ve İçişleri Bakanlığına bildirilir. Siyasi partinin tüzelkişiliği, büyük kongrenin kapanma kararını aldığı tarihte sona erer."

⁶ Bkz. AYM, E. 1993/1 (parti kapatma), K. 1993/2, Kt. 23.11.1993; AYMKD, sayı: 30/2, s. 889.

⁷ Armin ZIRN, *Das Parteienverbot Nach Art. 21 Abs. 2 GG im Rahmen der Streitbaren Demokratie des Grundgesetzes*, Druckerei Bölk, Tübingen, 1988, s.184.
YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

vermiştir⁸. Aynı biçimde Mahkeme, Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin SPY'nin 121. maddesi uyarınca kendiliğinden dağıldığına ilişkin saptama kararı vermiştir⁹. Doğal olarak, Anayasa Mahkemesinin bu kararı kapatma kararı gibi "kurucu" değil; "deklaratif" bir nitelik taşımaktadır. Bunun bir "kapatma" kararı değil de, bir "saptama" kararı olması; partinin kapatma davasının olumsuz etki ve sonuçlarına maruz kalmaması açısından önem taşımaktaydı.

Bir parti hakkında kapatma davası açılması kuşkusuz ciddi anayasal yaptırımları da gündeme getirmektedir. Partinin kapatılarak tüzel kişiliğine son verilmesi, bir başka ad altında da olsa yeniden kurulamaması, malvarlığının Hazineye devredilmesi, partisinin kapatılmasına söz ve eylemleriyle neden olanların beş yıl süreyle hiçbir partide siyasi faaliyet yürütemeyeceklerine ilişkin yaptırımlar ancak Anayasa Mahkemesince verilecek bir kapatma kararı ile uygulanma imkânı bulabilir.

108. madde hükmünün amacı, hakkında kapatma davası açılan bir partinin kapanma kararı alarak kapatma davasının olumsuz sonuçlarından kaçınmasını önlemeye dönüktü. Dolayısıyla 108. maddenin iptal edilmesi, hakkında kapatma davası açılmış bir partinin kendini feshederek kapatılma riskini ortadan kaldırıp, kapatma kararının diğer olumsuz sonuçlarına maruz kalmasını engelleyebilecek bir sonuç yaratmıştır. Kuşkusuz böyle bir sonucun Anayasa'da yer alan parti yasaklama rejimini nedenli etkisiz kılacağı incelemeye değer bir konudur.

B) SPY'nin 108. Maddesi Anayasa'ya Aykırı mıdır?

108. maddenin her şeyden önce "yasal bir tedbir" niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü söz konusu madde kapatma davası süreci ile sınırlı olarak hüküm ifade eder. Dolayısıyla, dava sonucunda partinin kapatılması davası reddedilirse ya da mali yardımdan yoksun bırakma yaptırımını uygulanmasına karar verilirse; davalı parti söz konusu mahkeme hükmünden sonra kapanma kararı alabilmesinin önünde hukuksal bir engel yoktur¹⁰. Ancak kapatma davası sürecinde davalı partinin kapanma kararı

⁸ Bkz. AYM, E. 1983/1, K. 1983/1, Kt. 25.08.1983; RG. 23.06.1984-18440, s. 19-25.

⁹ Bkz. AYM, E. 1997/5 (değişik İşler), K. 1998/5, Kt. 28.12.1998; AYMKD, sayı: 35/2, s. 672-677.

¹⁰ Nitekim F. Kantarcıoğlu, A. Akyağın, M. Erten ve F. Oto karşı oy yazısında; "(...) konuya ilişkin Anayasal düzenlemelerin doğal sonucu olan itiraz konusu kurulla siyasi parti-
YUHFD Vol. X No. 2 (2013)

almasına 108. madde hükmü engel oluşturmaktaydı. Bu engelin partinin kapanma iradesine dava sürecinde bir müdahale oluşturduğuna şüphe yoktur. Ancak Yüksek Mahkemenin kabul ettiği gibi söz konusu hükmü “siyasal haklara ölçüsüz bir müdahale” olarak nitelendirip, iptal etmek Anayasa’nın parti yasaklama rejimini tamamen etkisiz kılma sonucunu doğurabilecek bir yolun açılmasına imkân verecektir.

Parti kapatma davaları anayasal düzenin korunması ve temel hakların güvence altına alınması açısından önemli bir işleve sahiptir. Nitekim Alman hukukunda anayasaya aykırı partilerin yasaklanması olanağı, anayasanın korunması amacına hizmet eden ve Anayasa’nın önleyici (prae-ventiv) karakterini yansıtan önemli bir özellik olarak görülmektedir¹¹. Gerçekten de, anayasal demokratik düzenin etkin olarak korunması, bu bağlamda parti yasağı formülünün “önleyici” karakteri göz önünde bulundurulduğunda; siyasal parti özgürlüğünün kötüye kullanılması yoluyla anayasal parti yasaklarının bu tür dava taktikleri ile etkisiz kılınması mümkündür.

SPY’nin 108. maddesinin, konuya ilişkin Anayasal düzenlemelerin doğal sonucu olarak, siyasal partilerin, serbestçe kurulabilmeleri gibi serbestçe de faaliyetlerine son verebilmeleri konusunda sahip oldukları hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla getirildiği aşikârdır. Bu nedenle 108. madde hükmünün iptali, siyasal parti özgürlüğünün kötüye kullanımına açık bir kapı oluşturmuştur. Oysa hukukun üstünlüğünün geçerli olduğu hiçbir hukuk düzeni hakkın kötüye kullanımına izin vermez. Nitekim Anayasa’nın 14. maddesinin ikinci fıkrasına göre; “Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak

lerin, serbestçe kurulabilmeleri ve buna koşut olarak kendilerini feshedebilmeleri konusunda sahip oldukları hak, engellenmemekte sadece bu hakkın, hukuka aykırı eylemlerinin olası sonuçlarından korunmak amacıyla kullanılması önlenmektedir.” diyerek, iptal konusu madde hükmünün tedbir niteliğine dikkat çekmişlerdir. Bkz. AYM. E. 2010/17; K. 2010/112; Kt. 8.12.2010; Resmi Gazete: 05.02.2011-27837.

¹¹ Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1993, s. 282; Peter SCHOLTEN, “*Parteiverbot*”, *Mitteilungen des Instituts für Deutsches und Europäisches Parteienrecht*, Fern Universitaet Hagen, Heft: 10, s. 92.

şekilde yorumlanamaz.” Aynı biçimde 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine göre; “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

Ayrıca, hak arama hürriyeti başlığını taşıyan Anayasa'nın 36. maddesine göre; “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.” Söz konusu amir anayasal hüküm açısından bakıldığında; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının parti kapatma davalarında davacı olma görev ve yetkisi davalı partinin kapanma iradesi ile sınırlanmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 69. maddesi uyarınca parti kapatma davalarına bakmakla görevli ve yetkili sayılan Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu davaları görmesi ve sonuçlandırması davalı partinin kapanma iradesini kullandığı durumlarda fiilen geçersiz hale gelmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi Demokratik Halk Partisi'nin kapatma davası sürecinde kapanma kararı alması ve 108. maddeyi iptal etmesi sonucunda davayı esas yönünden bir karara bağlamamış, davanın düşürülmesine karar vermiştir. Davanın esastan karara bağlanmaması nedeniyle davalı partinin eylemlerinin Ay. md.68/4'e aykırılığı araştırılmamış ve dolayısıyla bu aykırılığın anayasal düzen ve temel haklar açısından yarattığı tehdit saptanmamıştır.

Anayasa Mahkemesi, iptal konusu kuralla davalı partinin kapanma kararının bu davanın hukuki sonuçlarından kurtulma amacı taşıdığıнын peşinen kabul edildiğini, kapanma kararının başka bir nedene dayanabileceği ihtimalinin hesaba katılmadığını, dolayısıyla davaya bakan mahkemeye de bu konuda bir araştırma yapma imkânı tanınmadığını ifade etmiştir. Oysa 108. madde hükmünün iptali ile Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu sakıncaların giderilmesi söz konusu değildir. Çünkü söz konusu hükmün iptali ile kapanma kararının bu davanın hukuki sonuçlarından kurtulma amacı taşımadığı peşinen kabul edilecek ve bu konu Mahkeme tarafından da araştırılmayacaktır. Elbette 108. madde hükmü davalı partinin kapanma iradesinin kötüye kullandığının Anayasa Mahkemesince tespiti durumunda geçerli olsaydı daha yerinde olurdu. Ancak Türk Anayasa yar-

gısında yasanın “eksik düzenleme” nedeniyle iptal edilmesi ya da yerinde-lik denetimine tabi tutulması mümkün değildir¹².

Davalı partinin anayasaya aykırı eylemlerinin kapatmayı gerektirip gerektirmeyeceği noktasının hukuken ortaya konması, öncelikle demokratik anayasal düzenin ve temel hakların korunması açısından elzemdir. Aynı biçimde, davalı partinin bir takım korku ve vehimlerle hareket etmek yerine hukuksal savunmayı üstlenerek, kendinin yargısal yoldan aklanmasını sağlama imkânına sahip olması siyasal parti özgürlüğüne aykırılık oluşturmaz.

Sonuç olarak; dayanağını Anayasa’da öngörülen kapatma yaptırımından alan bir kuralın, Anayasa’ya aykırılığı söz konusu olamaz. 1982 Anayasası, 68. maddenin dördüncü fıkrasına aykırı tüzüğe sahip olan partiler ile söz konusu fıkra aykırılıkların odağı haline gelen partilerin kapatılmasını ya da fiilin ağırlığına göre devlet yardımından yoksun bırakılmasını hükme bağlamıştır. Söz konusu hükümlerin siyasal parti özgürlüğüne müdahale oluşturduğu açıktır. Ancak Anayasa’da açıkça öngörülen parti kapatma nedenleri ve yaptırımlarının anayasaya aykırılığından söz edilemez. Aksine davalı partinin kapanma kararı alması nedeniyle deliller incelenemiyorsa, dava durdurulup düşürülüyorsa anayasadaki parti yasaklama rejimi askıda hükümsüz hale gelecektir. Anayasaya aykırı partilerin kapatılmasına cevaz veren bir Anayasa hükmüne rağmen, hakkında kapatma davası açılan bir partinin kapanma kararı olarak kapatma davasının olumsuz sonuçlarından kaçınmasını önlemeye dönük yasa hükmünü siyasal parti özgürlüğüne “ölçüsüz bir müdahale” olarak görülmesi ve iptal edilmesi isabetli değildir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi SPY’nin 108. madde hükmünü iptal ederken 110. maddenin üçüncü fıkrasını iptal etmediği halde hükümsüz

¹² Nitekim Ergun Özbudun’un da belirttiği gibi; “(..) Anayasada kanunla düzenlenmesi öngörülmüş bir konuda yasama organının eksik bir düzenleme yapması, mesela kanun kapsamına girebilecek olanların bir kısmını bu kapsam dışında bırakması, tek başına bir Anayasaya aykırılık sebebi değildir. Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarına göre, ‘iptal yetkisi ancak var olan bir hüküm dolayısıyla işleyebilir. Hüküm yokluğunun iptal yokluğunun iptal konusu olması düşünülemez’.(E.1963/174, k:1963/115, kt. 20.05.1963, AMKD, sayı:2, s. 3-14; aynı yönde, E. 1963/172, K. 1963/244, kt. 21.10.1963, AMKD, sayı:1, s. 439-57) Bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, 13. Bası, Ankara, 2012, s.419.

hale getirmiştir. “Kapanan siyasi partilerin malları” başlığını taşıyan bu hükme göre; “Kapatılması için hakkında soruşturma veya dava açılmış olan bir siyasi parti, kapanma ve buna bağlı olarak parti mallarının devrine dair karar aldığı takdirde, soruşturma veya dava sonuçlanıncaya kadar devir işlemi yapılmaz”¹³ Anayasa Mahkemesi'nin en azından tutarlı olmak adına iptal ettiği 108. madde hükmü ile uygulanamaz hale gelen md. 110/III hükmünü de iptal etmesi beklenirdi. Çünkü 108. madde hükmünün iptali ile kapanma kararı alan parti hakkında davanın devam ettirilmesi mümkün olmadığına ve davanın düşürülmesine karar verilmesinden başka seçenek olmadığına göre; kapanan parti kendi malları hakkında istediği şekilde tasarrufta bulunabilecektir.

C) SPY'nin 108. Maddesinin İptali Anayasa'daki Parti Yasaklama Rejimini Fiilen Etkisiz Kılar mı?

Bir parti hakkında kapatma davası açılmış olması, dava kapatma kararı ile sonuçlanmasa bile; o partinin seçmenleri ve siyasal geleceği üzerinde olumsuz etkiler yaratabilmektedir. O halde, dava açma yetkisinin şüphe ya da siyasal baskılar nedeniyle kullanımından kaçınmak, yeterli ve kesin delil elde etmedikçe böyle bir yola başvurmamak gerekir. Partilerin Yasaklanması, Kapatılması ve Benzer Önlemler Hakkında” Venedik Komisyonu'nca hazırlanan raporda da belirtildiği gibi¹⁴; “demokratik bir toplumda, bir partinin kapatılması istisnai bir önlemdir. Yetkili devlet organlarının, bir partinin kapatılmasını yargı organlarından isteyebilmeleri için, temel hak ve özgürlükler veya anayasal düzen için gerçek bir tehdidin mevcut

¹³ Yasal tedbir niteliğindeki benzer bir hüküm, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nda bulunmaktadır (md.15/III): “Feshedilmesi için hakkında soruşturma veya dava açılmış olan bir dernek, fesih ve buna bağlı olarak dernek mallarının devrine dair bir karar aldığı takdirde, soruşturma ve dava sonuçlanıncaya kadar devir işlemi yapılmaz.”

¹⁴ İngilizce ve Fransızca metinler için bkz., European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), “Guidelines on Prohibition and dissolution of Political Parties and Analogous Measures”, CDL-INF (2000) 1; Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit (Commission de Venice), “Lignes Directrices sur l'interdiction et la Dissolution des Partis Politiques et les Mesures Analogues”, CDL-INF (2000) 1. Raporun İngilizce ve Fransızca metnine şu internet adresinden ulaşılabilir: <http://venice.coe.int>; Raporun özeti için bkz. Ekrem Ali Akartürk, *Avrupa Hukukuna Uyum Süreci Açısından Türk Hukukunda Siyasal Parti Yasakları*, Yeditepe Üniv. Yayını, İstanbul, 2008, s. 102- 103.

olduğunu gösteren yeterli kanıtı sahip olmaları gerekir. Eğer yeterli kanıt elde edilememiş ise, davanın açılmaması gerekir”.

Ancak partinin kapatılması hakkında yeterli ve kesin deliller elde edilmişse; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu davayı açması anayasal görevidir. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin davaya bakmakla görevli mahkeme olarak, delilleri değerlendirip, bu davayı sonuçlandırması ve iddialar hakkındaki hukuksal gerçeği ortaya koyması da anayasal bir görevdir (Ay. md.69/III).

Hakkında kapatma davası açılmış bir partinin kapanma kararı alması ile böyle bir dava ile muhatap olmayan bir partinin kapanma kararı alması arasında kayda değer bir fark bulunduğu açıktır. Davanın kapatma ile sonuçlanması ihtimali, davalı partinin kapanma kararını serbest iradesi ile değil, anayasal yaptırımları etkisiz hale getirmenin bir yöntemi olarak kullanmasına yol açar. Öte yandan, hakkında kapatma davası açılmış iki parti olduğunu varsayalım. Davalı partilerden biri kapanma kararı alarak olası bir kapatma kararının olumsuz sonuçlarını bertaraf ederken, diğer davalı partinin böyle bir yola başvurmaksızın hukuksal mücadelesini dava sürecinde ve kapatılma tehdidi altında yapması eşitlik ve dürüstlük ilkesi ile bağdaşmaz.

Nitekim söz konusu iptal kararına muhalif üyeler bu sakıncalı durumu karşı oy yazılarında dile getirmişlerdir¹⁵: “Bu durumda, kamu düzenini aynı ölçüde ihlâl eden ve söz konusu ihlâller nedeniyle cezalandırılmaları istemiyle haklarında dava açılan iki partiden biri kendisini feshederek ileride verilebilecek bir kapatma kararının Anayasa’nın 69. maddesinin sekizinci ve dokuzuncu fıkralarında belirtilen bir başka ad altında kurulamama ve beş yıl süreyle bazı siyasi hakları kullanamama, 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası’nın 107. maddesi uyarınca da malların hazineye devri gibi olumsuz sonuçlarından kendisini koruyabilecek diğeri ise aynı olanağa sahip olamayacaktır. Bu durumun, siyasi partiler arasında eşit, adil ve hakkaniyete uygun bir dengenin kurulmasını engelleyeceği açıktır.”

SPY’nin 108. madde hükmünün iptal edilmesi nedeniyle, hakkında kapatma davası açılmış bir siyasal partinin kapanma kararı alması durumunda Anayasada öngörülen parti yasaklama rejimi davalı parti açısından

¹⁵ Bkz. F. Kantarcıoğlu, A. Akyalçın, M. Erten ve F. Oto’nun karşı oy yazısı: AYM. E. 2010/17; K. 2010/112; Kt. 8.12.2010; Resmi Gazete: 05.02.2011-27837.

fiilen etkisiz hale gelir mi? Bu soruyu şu varsayımla somutlaştırarak yanıtlayalım: Bir an için hakkında kapatma davası açılan bir partinin Anayasaya aykırı fiillerin odağı olduğuna ya da yabancı unsurlardan maddi yardım aldığına ilişkin çok ciddi delillerin bulunduğunu ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu delillere dayanarak kapatma davası açtığını varsayalım. 108. madde veya benzeri bir kuralın yokluğu halinde, hakkında kapatma davası bulunan partinin hükmün açıklanmasından çok kısa bir süre önce kendini feshederek kapanması halinde Anayasa Mahkemesi kapatmaya dayanak oluşturabilecek delilleri ciddi bulsa bile, davaya devam edemeyecek ve davanın düşürülmesine karar verecektir.

Kaldı ki 1982 Anayasası'na göre (md.153/II); "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez." Yüksek Mahkeme SPY md.108 hükmünü iptal etmek suretiyle parti yasaklama rejiminde Anayasa'da öngörülme yen yeni bir uygulamaya yol açmıştır. Anayasa'da öngörülen parti kapatma rejimi böylece hakkında kapatma davası açılmış ve dava sürecinde kapanma kararı almış bütün partiler açısından hükümsüz hale getirilmiştir.

Anayasanın 69. maddesi açık bir şekilde, "Siyasî partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır." hükmünü ihtiva ettiğine göre, hakkında kapatma davası açılmış bir partinin dava sürecinde kapanma kararı alması hem savcılık makamının kapatma davası açma yetkisini hem de bu davalara bakmakla görevlendirilmiş Anayasa Mahkemesinin yargılama faaliyetinde bulunmasını anlamsız ve gereksiz kılar. Sonuç olarak; SPY'nin 108 maddesinin iptali nedeniyle, kapatma davası sürecinde kapanma kararı alan davalı parti açısından, Anayasa'nın 68. ve 69. maddesinde öngörülen yasak ve yaptırımlar etkisiz hale gelmiştir.

A BRIEF ASSESSMENT ON THE ABILITY OF SECTIONS 7, 8 AND 9 OF THE ENGLISH FOOD SAFETY ACT 1990 TO DEAL WITH THE SALE AND SUPPLY OF UNSAFE FOOD

(1990 TARİHLİ İNGİLİZ GIDA GÜVENLİĞİ KANUNU'NUN 7, 8 VE 9. MADDELERİNDEKİ DÜZENLEMELERİN GÜVENLİ OLMAYAN GIDALARLA MÜCADELE ETME HUSUSUNDA ETKİNLİKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ)

Doç. Dr. / Assoc. Prof. Dr. Halide Gökçe TÜRKÖĞLU*

ÖZET

Başta İngiltere ve Avrupa'nın diğer ülkelerinde yaşanan gıda kaynaklı salgın hastalıkların yarattığı kamu baskısı neticesiyle hazırlanan 1990 tarihli İngiliz Gıda Güvenliği Kanunu, esas olarak güvenli olmayan gıdalarla mücadele etme hususunda, 7, 8 ve 9. maddelerindeki düzenlemeler sayesinde önemli adımlar atmamakla birlikte, yeni ihtiyaçlar ve teknolojik gelişmeler karşısında kısmen yetersiz kalmıştır. Her ne kadar, Avrupa Birliği düzenlemeleri ile revize edilmiş olsa da, gıda sektöründeki hızlı gelişmeler, İngiliz hukukunun bu alanında yeni yasal düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İngiliz Gıda Güvenliği Kanunu, Gıda Kanunu, güvenli olmayan gıda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun.

ABSTRACT

1990 English Food Safety Act was enacted especially to ease the public concern on serious food scares in Britain and in other European countries. It can be accepted that 1990 Food Safety Act was successful to deal with the sale and supply of unsafe food because of the provisions in sections 7, 8 and 9. However, due to the new requirements and technologi-

cal developments, these provisions became insufficient partially. Even though the Food Safety Act 1990 was revised by the European Union regulations, the fast progress of food sector proved that UK law system needs some new provisions to deal with the sale and supply of unsafe food.

Keywords: English Food Safety Act, the Food Act, unsafe food, Consumer Protection Act.

Numerous food scares precipitated the enactment of the Food Safety Act 1990, but it was actually the outcome of a long-term review of food legislation reflecting the need to modernize and strengthen the controls over food¹. The Food Safety Act 1990 is concerned with the safety of food².

Since 1999, there have been significant changes in the food safety law in the United Kingdom. In particular, The European Union adopted the General Food Law Regulation (EC) 178/2002³, which came fully into effect in 2005. Offences for breaches of these laws have been put into effect in Great Britain by the General Food Regulations 2004, which has also made changes to FSA 1990. In addition, the Food Safety Act 1990 (Amendment) Regulations 2004 changed the definition of "food" in the Food Safety Act to bring it in line with Regulation (EC) 178/2002⁴.

The Food Safety Act 1990 re-enacts the offence of rendering food injurious to health with the intent to sell the food for human consumption⁵.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-mail: halide.turkoglu@yasar.edu.tr

¹ Bradgate J. R. &Howells G. G. "Food Safety- An Appraisal of the New Law" (1991), *Journal of Business Law*, July, p. 320.

² Howells G. G. &Bradgate J. R. & Griffiths M. *Blackstone's Guide to the Food Safety Act 1990*, (Blackstone, 1990), p. 9.

³ Regulation (EC) No 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the General Principles and Requirements of Food Law, Establishing the European Food Safety Authority and laying down Procedures in matters of Food Safety.

⁴ Food Standards Agency *Food Safety Act 1990- A Guide for Food Businesses*, 2009 Edition, p.6.

⁵ FSA 1990 s 7.

This offence was also found in the Food Act 1984. The offence is committed by: “(a) adding any article or substance to the food; (b) using any article or substance as an ingredient in the preparation of the food; (c) abstracting any constituent from the food and (d) subjecting the food to any other process or treatment” (s 7(1)).

The definition of “article”, “substance” and “preparation” are given in the Food Safety Act 1990 section 53. “Preparation” is widely defined to include manufacture and “any form of processing or treatment” and “treatment” is in turn defined as including subjecting the food to hot or cold. “Process” is not defined. It has been suggested that a process must be a “continuous and regular operation”, although the House of Lords has held that a process can include any operation or series of operations carried on over a period of more than minimal duration, even if not repeated, provided there is some degree of continuity over a period of time⁶. In the Parliamentary debates on the Consumer Protection Act 1987, it was suggested that a process must alter some essential characteristic of the food product. However, it is concerned with consumer protection and public safety a court would give a wide and natural meaning to “process” to include such activities as slaughtering food animals, pasteurising milk, canning and bottling and so on and perhaps even washing vegetables⁷.

In recent years concern has expressed about the effects of chemicals used to treat fruit and vegetables. Citrus fruit are often treated with a wax chemical spray after picking: the long term effects of such sprays and their residues are unknown. Such treatment would appear to be capable of giving rise to liability under para. (a), (b) or (d) if the wide definition of “process” suggested above is accepted. Similarly, spraying food with chemicals could fall within either para. (a) or (d) and give rise to liability if it is shown that the spray has harmful effects, either in the short or long term.

The offence in the Food Safety Act section 7 can be committed by abstracting a constituent from food as well as by adding things to food. Case law indicates that a constituent can be abstracted by for instance evaporation⁸. But the offence in section 7 appears to leave one loophole.

⁶ Nurse v Morganite Crucible Ltd [1989] 1 All ER 113.

⁷ Howells &Bradgate &Griffiths, p. 17.

⁸ See Bridges v Griffin [1925] 2 KB 233; Dearden v Whitley (1916) 85 LKJB 1420. *YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)*

No offence is committed by failing to subject the food to a necessary process or treatment. Thus for instance, a failure to cook red kidney beans adequately prior to canning would not give rise to an offence under the Food Safety Act section 7⁹.

In order to be an offence it must be demonstrated that the food was rendered injurious to health. For the first time there is a statutory definition of "injury to health" which is defined as "any impairment, whether permanent or temporary"¹⁰. The provision clearly covers potential injury to the consumer, as well as any actual injury. Where a person has been so injured, it may also be possible to claim damages under the Consumer Protection Act 1987.

The Food Safety Act 1990 states that in determining whether something is injurious to health, regard should be had to not only to the probable effect of that food on the person consuming it but also the probable cumulative effect of food of substantially the same composition on the health of a person consuming it in ordinary quantities¹¹.

This direction, to have regard to both the immediate effect of the food in question and to the long-term effects of consumption of similar food, reproduces a similar provision in section 1 (4) of the Food Act 1984. However, it seems that the Food Safety Act section 7 (2) only applies to the Food Safety Act section 7 and to the definition of "food safety requirements" in the Food Safety Act sections 8 and 9.

It would appear that "injury to health" could include food allergies and intolerances, coronary heart disease caused by consumption of saturated fats and dental caries. The definition is intended to reflect existing case law. In the context of allergic and intolerant reactions, the words "a person consuming it" in the Food Safety Act section 7 (2) are crucial. The court is directed to the effect of the food on a hypothetical consumer, not a particular individual who may have eaten food. Thus if the food in question produces a rare allergic reaction in a very small minority of cases, it is probably not injurious to health. The cream treated with boracic acid as a pre-

⁹ Howells & Bradgate & Griffiths, p. 18. For the opposite see McManus F. *Environmental Health Law*, (Blackstone, 1994), p. 116.

¹⁰ The Food Safety Act section 7 (3) which is based on the existing case law, see *Hull v Horsnell* (1904) 68 JP 591; *Cullen v McNair* (1908) 6 LGR 753.

¹¹ The Food Safety Act section 7 (2).

servative, which was perfectly safe to healthy adults but would adversely affect invalids or young children, was injurious. So, it was said that food was not injurious merely because “some exceptional individual is liable to have some particular injury done to his health”. However, it will only be held to be injurious if a substantial portion of the population is likely to be affected by it¹². A food which caused an allergic reaction in a significant proportion of the population could therefore be regarded as injurious¹³.

The introduction of the notion of the cumulative effects of foods could be of great significance, given the increased knowledge as to how health can be injured by the consumption of even ordinary quantities of some products like cholesterol, alcohol or salt. However, difficulties of proof and more immediate demands on the limited resources of the enforcement authorities make it unlikely that this provision will be fully utilised¹⁴.

Food will not be regarded as “injurious” merely because it can create adverse effects if consumed in excessive quantities. A hangover due to over indulgence in alcoholic drink might well be regarded as an “injury to health” but the drink in question would not be regarded as injurious. This may be important in the light of the reference in the Food Safety Act section 7 (2) to cumulative effects. Modern health and nutritional research frequently reveals that common food stuffs eaten over a period of time may have a serious adverse effect on health¹⁵. The Food Safety Act section 7 (2) might therefore allow, for example, chips fried in saturated fat to be regarded as injurious to health and allow the chip vendor to be prosecuted if the chips were injurious when consumed in “ordinary quantities”. It is worth bearing in mind, that there is evidence that diet may vary according to social, economic and geographical factors so that “ordinary quantities” may vary from place to place. Thus it might be possible, in an area of high chip consumption, to establish that eating ordinary quantities of chips fried in saturated fat would be injurious to health. However, as noted, the Food Safety Act section 7 (2) repeats provisions contained in existing legisla-

¹² Cullen v MacNair (1908) 6 LGR 753, per Lord Alverstone CJ at 758.

¹³ Howells &Bradgate &Griffiths, p. 15.

¹⁴ Bradgate &Howells, p. 322.

¹⁵ Howells &Bradgate &Griffiths, p. 15.

tion, where such problems do not appear to have arisen. It is to be expected that the section will be interpreted in a common sense way both by enforcement authorities and by courts. Moreover, in view of the existing demands on their time and the problems posed by more imminent health risks, enforcement officers are unlikely to seek to utilise their powers under Part II of the Act to raise health and nutritional standards, especially when such action would rely upon opinion which is frequently contradictory¹⁶.

With regard to newly discovered health risks, it is worth observing that although there is no "state of the art defence" available in proceedings under food safety provisions, there is a due diligence defence which would presumably be available to a food manufacturer or supplier etc who had followed currently accepted standards and prevailing expert opinion¹⁷.

The Food Safety Act section 7 (2) is not expressly applied to the enforcement powers in ss 11-13. This could mean that long-term health risks created by cumulative consumption of a food cannot be taken into account in order to trigger the enforcement powers in those sections. However, in the context of the relevant sections, the concept of "injurious to health" is probably sufficient flexible to take account of cumulative effects without the specific reference in the Food Safety Act section 7 (2).

Under the Article 14 (4) of Regulation (EC) No 178/2002, while determining if food is injurious to health or not, the probable immediate and/or short-term and/or long term effects of that food on the health of a person consuming it, and also on subsequent generations; and the probable cumulative toxic effects; and the particular health sensitivities of a specific category of consumers where the food is intended for that category of consumers must be considered.

The offence requires some positive action to render the food injurious to health. Also it is not an absolute offence because it requires intention to sell the food for human consumption¹⁸. The meaning of intent in the general criminal law is unclear. Generally, if a defendant can be shown to have foreseen something as the natural and probable consequence of his

¹⁶ Howells & Bradgate & Griffiths, p. 16.

¹⁷ See Food Standards Agency, *The Food Safety Act 1990- A Guide For Food Businesses*, 2009 Ed. P. 11.

¹⁸ Thompson K. "The Law of Food and Drink", (Shaws & Sons, 1996), p. 71.

actions, he will be taken to have intended that consequence. However, the problems of defining and proving intent in the present context are mitigated by the rebuttable presumption in s 3 that food commonly used for human consumption and articles or substances commonly used in the manufacture of food for human consumption are intended for such sale or use if sold, offered, exposed or kept for sale or found on premises used for the preparation, storage or sale of such food. This reverses the burden of proof¹⁹.

On the other hand, the Food Safety Act section 7 has a wide ambit and the offence created is one of strict liability insofar as it may be committed even though the defendant had no intention to render the food injurious to health. Thus it may be committed even though the additive or process in question was not known by the defendant to be injurious, subject to the due diligence defence²⁰.

Under the General Food Regulations 2004 Amendment of the Act, in determining for the purposes of this section whether any food is injurious to health, regard shall be had to the matters specified in sub-paragraphs (a) to (c) of Article 14 (4) of Regulation (EC) No. 178/2002

There is an overlap between this provision and the offence in the General Food Regulations 2004 (as amended)²¹ of marketing unsafe food. The offence in the Food Safety Act is only relevant, however, when the specific actions mentioned are applied to the food.

In modern times, the deliberate adulteration of food is unusual and this provision is rarely used. It is more likely that there would be a prosecution for an offence in relation to the breach of some of some Regulations, such as the use of additives in contravention of the rules on the use of such products. The provision does not cover food decomposition because some positive action is required, such as the addition or abstraction of something. However, it can be used against food terrorists who have rendered food injurious to health. Food sabotage is considered as an offence under the Food Safety Act section 7 and prosecuted if identified,

¹⁹ Howells &Bradgate &Griffiths, p. 18.

²⁰ Howells &Bradgate &Griffiths, p. 17.

²¹ Regulation 4 (b).

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

although in practice other criminal offences are also likely to have been committed²².

The Food Safety Act 1990 makes it an offence to sell, offer, expose or advertise for sale or to have in possession for such purpose, food which fails to comply with food safety requirements²³ which is (a) rendered injurious to health within the Food Safety Act section 7 or (b) is unfit for human consumption or (c) is so contaminated (whether by extraneous matter or otherwise) that it would not be reasonable to expect it to be used for human consumption²⁴. The Food Safety Act 1990 section 8 was amended from 1 January 2005 to give effect to the Art 14 of Regulation (EC) No 178/2002. The original heading remains but it is not necessary to cross refer to Art 14 to establish that it is unlawful to place on the market food which is unsafe²⁵.

Article 14 of Regulation (EC) No 178/2002 prohibits food being placed on the market if it is unsafe, that is if it is either injurious to health, or unfit for human consumption. The concept of "injurious to health" relates to safety, but the concept of "unfit" relates to unacceptability. Unfit food is not necessarily unsafe in the ordinary sense of the word. For instance, mouldy food may be unfit for human consumption even if it is not injurious to health. Also, food that is contaminated with a prohibited chemical but where the chemical is not present at a harmful concentration may be considered unfit for human consumption although there is no risk to human health. The requirements of Article 14 are considered to be broadly analogous to those previously in the Food Safety Act 1990 section 8, which no longer apply because of the new food safety provisions in Article 14. Case law on the Food Safety Act 1990 section 8 clearly established that the prosecution did not need to prove that a food was injurious to health when establishing that it was unfit.

In determining whether any food is unsafe regard should be had: "(a) to the normal conditions of use of the food by the consumer and at each stage of production, processing and distribution and (b) to the information

²² Howells &Bradgate &Griffiths, p. 17.

²³ The Food Safety Act 1990 section 8 (1).

²⁴ The Food Safety Act 1990 section 8 (2).

²⁵ The General Food Regulations 2004 Amendment of the Act reg. 10.

provided to the consumer, including information on the label or other information generally available to the consumer concerning the avoidance of specific adverse health effects from a particular food or category of foods”²⁶.

In determining whether food is unfit for human consumption²⁷, “regard shall be had whether the food is unacceptable for human consumption according to its intended use, for reasons of contamination, whether by extraneous matter or otherwise, or through putrefaction, deterioration or decay”²⁸.

“Human consumption” includes uses in the preparation of food for human consumption²⁹. For instance, hazelnut puree for use in the manufacture of hazelnut yoghurt would be intended for human consumption as would water used to cool cooked food.

A foreign body, while clearly unwelcome, may not necessarily make the food unfit. However, food which is decomposed certainly would be, although there is no need for the food to be harmful for consumer. “Unfit for human consumption” means more than merely “unsuitable”³⁰. The blade of a Stanley knife enrobed in a chocolate which caused injury to the consumer was a clear case of selling food not complying with food safety requirements³¹. A loaf of bread found to contain a used dirty bandage was held to be unfit³², as was a pork pie which contained harmless black mould under pie’s crust³³. However, a piece of string found in a loaf did not make it unfit for human consumption³⁴, nor did a bit of metal in a cream cake³⁵. It does not matter if the seller was unaware of the state of the food³⁶.

²⁶ Regulation (EC) No 178/2002 Article 14 (3).

²⁷ See *Walker v Baxter’s Butchers Ltd.* (1977) 76 LGR 183; *Turner & Son Ltd. v Owen* [1956] 1 QB 48, [1955] 3 All ER 565; *David Greg Ltd. v Goldfinch* (1961) 105 SJ 307; *Guild v Gateway Foodmarkets Ltd.* 1990 STL 578.

²⁸ Regulation (EC) No 178/2002 Article 14 (5)

²⁹ The Food Safety Act section 53.

³⁰ *Howells & Bradgate & Griffiths*, p. 21.

³¹ *R. v F. & M. Dobson* (1995) *The Times*, 8. March.

³² *Chibnall’s Bakeries v Cope Brown* [1956] Crim LR 263.

³³ *David Greig Ltd v Goldfinch* (1961) 105 Sol. Jo. 307.

³⁴ *Turner & Son Ltd. v Owen* [1956] 1 QB 48, [1955] 3 All ER 565.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

Under the Food Safety Act section 8 (4) any part of an animal or product derived from an animal which has been slaughtered in a knacker's yard or whose carcass was brought to a knacker's yard is automatically deemed unfit for human consumption.

No definition of contamination is given in the Food Safety Act 1990. But its general interpretation is wide and it is likely to include any foreign body, mould, pesticide residues, heavy metal presence, mite and similar infestation, radioactive contamination and unauthorised use of additives³⁷. If the food is contaminated, it must be unreasonable to expect it to be used for human consumption in that state. This means, for example, that any processing intended for the food before it is to be offered for human consumption must be taken into account³⁸. It also covers a strong smell which is absorbed into the food³⁹.

The provisions in the Food Safety Act 1990 section 8 were significantly stronger than their predecessors. For instance the third limb of the food safety requirement referring to contamination was wholly new. In addition whereas the old law made it an offence to sell or have such food in possession for sale, the Food Safety Act 1990 was much wider also creating offences when one offers, exposes or advertises it for sale for human consumption, has it in possession in preparation for such sale or deposits it with, or consigns it to, any other person for the purpose of such sale or of preparation for such sale⁴⁰. It can be said that, the section replaces offences previously contained in the 1984 Act section. 1 and 8, but substantially expands the ambit of criminal liability⁴¹.

In the law of sale, there is a difference between a sale under which property passes from buyer to seller at the time the contract is made, and an agreement to sell, under which property passes at some later time. It would seem that a person who delivers food under an agreement to sell

³⁵ *J. Miller Ltd. v Battersea Borough Council* [1956] 1 QB 43, [1955] 3 All Er 279, [1955] 3 WLR 559; *Gateway Foodmarkets Ltd v Simmonds* (1978) 152 JP 11.

³⁶ *Hobbs v Winchester Corporation* [1910] 2 KB 471.

³⁷ Painter (Ed.) *Butterworths Law of Food and Drugs*, Vol. 2, para. B63.

³⁸ See *R. v Archer, ex p. Barrow Lane & Ballard* (1984) 82 LGR 361,

³⁹ Crichton 1998, p. 121.

⁴⁰ The Food Safety Act 1990 section 8 (1).

⁴¹ *Howells & Bradgate & Griffiths*, p. 19.

could not be convicted of an offence of “selling” food. However, such arrangements are probably rare in the context of retail sales of food for consumption and such a seller would in any case, probably have had the food in his possession for sale or have offered it or exposed it for sale. Alternatively such a transaction could be regarded as a deposit with or consignment to the consumer for the purposes of the ultimate sale⁴². In the more likely situation where food is delivered to agents for retail distribution, although not sold, has been deposited for sale⁴³ and even that food carried in a vehicle has been deposited for sale⁴⁴.

Article 14 does not confine itself to the “sale” of food (as did the Food Safety Act 1990 section 8) but instead refers to food which is “placed on the market”. “Placing on the market” is defined in at.3 para 8 as the holding of food (or feed) for the purpose of sale. It also includes “offering food for sale” or any other form of transfer and applies whether free of charge or not. Sale, distribution and other forms of transfer are included. This is a somewhat broader though more precise definition intended to cover a wider range of proscribed activities that had been the case under the Food Safety Act 1990 section 8⁴⁵.

Most significantly, it is now presumed for the purpose of the Food Safety Act 1990 sections 8 and 9 that if any food is found to breach the food safety requirements then, until the contrary is proved, all the food of the same class or description in that batch, lot of consignment shall fail to those requirements⁴⁶. The burden of proof is on the person selling etc., the food to prove that the food is safe and will be determined on the balance of the probabilities.

“Batch”, “lot” and “consignment” are not defined. It was suggested during the Committee stage in the House of Lords that “batch” refers to similar foods produced at the same time under similar conditions, “lot” to a “collection of batches” and “consignment” to a “group of products being

⁴² Howells &Bradgate &Griffiths, p. 19.

⁴³ Ollett v Henry [1919] 2 KB 88.

⁴⁴ Williams v Allen [1919] 1 KB 425.

⁴⁵ Pointing J. “Food Law and the Strange Case of the Missing Regulation”, *Journal of Business Law*, (2009), V. 6, p. 601.

⁴⁶ The Food Safety Act 1990 section 8 (3).

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

moved at the same time". Thus a lorry of load of similar products would be part of one consignment⁴⁷.

Where unsafe food is part of a "batch, lot or consignment of food of the same class of description, it shall be presumed that all the food in that batch, lot or consignment is also unsafe", unless there is evidence to suggest otherwise⁴⁸.

If something was mistakenly sold as food, which is not in fact food, an offence will still be committed. This is illustrated by a case involving the sale of caustic soda being mistakenly sold as lemonade. This was held to be a sale of food⁴⁹.

Where an employee is responsible for the sale, the offence will be committed by the owner of the business⁵⁰. This depends on the legal definition of a "sale" in the Sale of Goods Act 1979 as involving the transfer of property from seller to buyer; hence the seller must be the person who owned the goods prior to the sale, not the agent by whom the sale is effected. Thus if food which contravenes the food safety requirement is sold by an employee at a branch of a chain of supermarkets, the company which owns the chain has committed an offence. On the other hand, there is also authority that the individual employee by whom the transaction is effected can also be convicted⁵¹.

Although creating a wider basis for criminal liability than existed under previous law, these provisions do not bring a general duty to provide safe food, in contrast to the general safety requirement imposed on other products by Part II of the Consumer Protection Act 1987⁵². An attempt was made to introduce such a clause into the Act, as it went through Parliament, which it was envisaged could have been used to plug any possible loopholes, could be used to meet unforeseen eventualities and would take account of the labelling and any instructions supplied with the food. The clause was based on an EEC draft Directive on Product Safety. However,

⁴⁷ Howells &Bradgate &Griffiths, p. 20.

⁴⁸ Art. 14 (6)

⁴⁹ See *Meah v Roberts* [1978] 1 All ER 97, [1977] 1 WLR 1187; *Knight v Bowers* (1885) 14QBD 845.

⁵⁰ See *Gardner v Ackeroyd* [1952] 2 QB 743; *Preston v Albuery* [1964] 2 QB 796.

⁵¹ See *Preston v Albuery* [1964] 2 QB 796; Howells &Bradgate &Griffiths, p. 19.

⁵² Bradgate &Howells, p. 323.

the efforts were unsuccessful. It was rejected by the Minister on the basis that it would be too subjective and because it was not possible to evaluate food as to safeness. "Food that is safe to eat now may be harmful if eaten later. People are also different and food that does no harm to one can be extremely dangerous to another"⁵³.

After the Act was passed, the EEC draft Directive was finalised⁵⁴ and it has now been implemented into domestic law⁵⁵, which extends a general safety requirement to food. Regulation 7 of the General Product Safety Regulations 1994 states : "No producer shall place a product on the market unless the product is a safe product". A safe product is defined as "any product which, under normal or reasonably foreseeable conditions of use, including duration, does not present any risk or only the minimum risks compatible with the product's use, considered as acceptable and consistent with a high level of protection for the safety and health of persons, taking into account in particular: (a) the characteristics of the product, including its composition, packaging, instructions for assembly and maintenance; (b) the effect on other products, where it is reasonably foreseeable that will be used with other products; (c) the presentation of the product, the labelling, any instructions for its use and disposal and any other indication or information provided by the producer; and (d) the categories of consumers at serious risk when using the product, in particular children and the fact that a higher level of safety may be obtained or other products presenting a lesser degree of risk may be available shall not of itself cause the product to be considered other than a safe product"⁵⁶.

The General Product Safety Regulations 2005 (SI 2005/1803) (which implement Council Directive 2001/95/EC on general product safety) brings a general safety requirement by making it illegal to sell products

⁵³ David Maclean, H.C.Dens., Vol. 173, Col. 864.

⁵⁴ Council Directive 92/59/EEC on General Product Safety.

⁵⁵ General Product Safety Regulations 1994, SI 1994/2328.

⁵⁶ For a consideration of the Regulation see Cartwright, "Product Safety and Consumer Protection", (1995) 58 *Modern Law Review*, p. 222; Thompson K. *The Law of Food and Drink*, (Shaw & Sons, 1996), p.75.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

which pose “acceptable risks”, which clearly includes food within its ambit⁵⁷.

An authorised officer of a food authority may at all reasonable times inspect any food intended for human consumption which— (a) has been sold or is offered or exposed for sale; or (b) is in the possession of, or has been deposited with or consigned to, any person for the purpose of sale or of preparation for sale⁵⁸. These powers arise if, on inspection, the food appears to the officer not to satisfy the food safety requirements of s8⁵⁹, or where there has been no inspection, if it appears to the enforcement officer that any food is likely to cause food poisoning or any disease communicable to humans⁶⁰.

What is a reasonable time is a question of fact. But, a Sunday afternoon when a shop is normally closed, is not accepted as a reasonable hour⁶¹.

The basic power under the Food Act 1984 merely allowed for seizure of suspect food by the authorised officer to enable him to apply to bring it before a justice of the peace in order to have it condemned and destroyed. The new power under s9 of the FSA effectively divides into two parts; firstly a basic power to inspect food and secondly a confiscation procedure for suspect food, exercisable initially by the Authorised officer and thereafter to be confirmed by a Justice of the peace in a procedure similar to that which was available for condemning food under section 9 of the Food Act 1984⁶².

An important new feature is the power to issue a notice which gives the authority 21 days to make further investigations as to the fitness of the food⁶³. Section 31 of the Food Act 1984 had contained a similar provision although it was far more limited and was in practice rarely used. That power could only be used if the officer had already taken a sample and had

⁵⁷ Bradgate & Howells, p. 323.

⁵⁸ The Food Safety Act 1990 section 9 (1).

⁵⁹ See the Food Safety Act 1990 section 26 (1) (b).

⁶⁰ The Food Safety Act 1990 section 9 (2).

⁶¹ See *Small v Bickly* (1875) 40 JP 119.

⁶² Baylis C. *Food Safety*, (Sweet & Maxwell, 1994), p. 24.

⁶³ Bradgate & Howells, p. 323.

reasonable grounds for suspecting it was likely to cause food poisoning⁶⁴. The powers in the Food Safety Act 1990 section 9 are accepted to be available in respect of food containing the organism responsible for BSE⁶⁵.

But, the Food Safety Act 1990 section 9 (2) may cause difficulties. Environmental health officers exercising the Food Safety Act 1990 section 9 powers should be able, by virtue of their training, to recognise when food is likely to cause food poisoning⁶⁶. There is no need for the officer to have reasonable grounds got his belief.

There is no need for a formal inspection before these powers can be exercised. However, only authorised officers of a district council should exercise the power⁶⁷. The 1984 Act contained a specific power to examine the contents of any vehicle or container and where necessary, detain the vehicle or container for that purpose⁶⁸. The power was rarely exercised and there is no equivalent of that provision in the 1990 Act, although the powers in s. 9 would appear to be sufficiently wide to allow examination of vehicle contents⁶⁹.

In this section, the word “inspect” used instead of “examine” which was used in section 9 of the Food Act 1984. The Code of Practice issued to local authorities on inspection procedures⁷⁰ tends to suggest that the word “inspect” was chosen specifically to coincide with a range of enforcement procedures contained in the Control of Foodstuffs Directive⁷¹.

The notice indicates that the food is not to be used for human consumption and the notice will either be withdrawn and the food released, or the food will be seized, dealt with by a justice of the peace. A failure to comply knowingly with the notice is an offence⁷². The power would not

⁶⁴ Howells &Bradgate &Griffiths, p.23.

⁶⁵ Howells &Bradgate &Griffiths, p. 23.

⁶⁶ Howells &Bradgate &Griffiths, p.24.

⁶⁷ Code of Practice No. 4: Inspection, Detention and Seizure of Suspected Food, HMSO, 1990, para. 29.

⁶⁸ 1984 Act section 11.

⁶⁹ Howells &Bradgate &Griffiths, p. 23

⁷⁰ Code of Practice No. 3-Inspection Procedures- General.

⁷¹ Directive 89/397.

⁷² The Food Safety Act section 9 (3).

however seem to apply to food which is never intended for sale for human consumption. (food which might be given away on a charitable basis). Reference must however always be made to the extended definition given to the meaning of “sale” in section 2 of the Food Safety Act 1990. In that context, the word “sale” can also include a “supply” of food when carried out in the course of a business⁷³.

If the officer has any doubts about the security or physical care of the food, the detention of food notice should specify a place to where the food should be moved⁷⁴. If the food is to be left, the officer needs to be satisfied that it is secure and that it cannot be tampered with. This may be achieved by locking the door of the room or marking the food so that its removal will be obvious. If necessary, the officer can require the continuous presence of security. The detained food needs to be monitored on a periodic basis⁷⁵.

If after further investigation, the officer is satisfied that the food complies with the food safety requirements, he must withdraw the notice forthwith⁷⁶. This decision must be made as soon as practicable, and it must be within 21 days⁷⁷. A withdrawal of detention of food notice withdraws the original notice⁷⁸.

If the officer is not satisfied, he must seize the food and have it dealt with by a justice of the peace, magistrate or sheriff as soon as possible⁷⁹. The food can be seized straight away, to be dealt with by the court. The person in charge of the food must be informed and any person who may be liable for prosecution for the condition of the food may attend before the justice of the peace and s/he is entitled to be heard and call witnesses⁸⁰. The notice must make it clear that the person has an opportunity in court to state why the food should not be condemned⁸¹. The notice should be

⁷³ Baylis, p. 24.

⁷⁴ Code of Practice No. 4, para. 16.

⁷⁵ Code of Practice No. 4, para. 18.

⁷⁶ Cockburn LCJ in *R v Berkshire Justices* (1879) 4 QBD 469, 43 JP 607.

⁷⁷ FSA 1990 s 9(4) (a).

⁷⁸ Detention of Food (Prescribed Forms) Regulations 1990, SI 1990/2614.

⁷⁹ The Food Safety Act 1990 section 9 (4) (b)

⁸⁰ The Food Safety Act 1990 section 9 (5).

⁸¹ Detention of Food (Prescribed Forms) Regulations 1990, SI 1990/2614.

served by hand. If practicable, the owner of the food should also be notified⁸². If possible, the food should be dealt with within two days or as soon as possible where highly perishable food is involved⁸³.

If the food is considered to be unsafe, on the basis of the evidence, the magistrate must condemn the food and order that it be destroyed or disposed of so as to prevent it from being eaten⁸⁴. If the area has no facilities for dealing with the food, it must be transported to an area which can deal with the disposal. The court has to order that the expenses incurred in having the food destroyed or disposed of are to be defrayed by the owner of the food⁸⁵. Where the food is to be destroyed, total destruction such as incineration is recommended. If it cannot be so destroyed then it must be disposed of so that the food can never again enter the food chain⁸⁶. There is no right to appeal against a decision to condemn food. But such a decision can be challenged by judicial review⁸⁷.

If the food formed part of a lot, batch of consignment⁸⁸, then it could all be destroyed. In determining this, he should take into account the nature and condition of any container holding the food, the risk to health, the evidence available and the quantity of food involved in relation to any sampling which was undertaken⁸⁹. Where it is not practical to seize all the food, a notice not to use the food will be issued. However, the officer should only leave the food if he is confident that it will not be moved, used for human consumption or the evidence destroyed⁹⁰.

Where a magistrate refuses to condemn the food or where the officer concluded after detention, that the food was safe, the food authority must

⁸² Code of Practice No. 4, para. 25

⁸³ Code of Practice No. 4, para. 11.

⁸⁴ FSA 1990 s 9(6); see *R (on the application of The Food Standards Agency) v Brent Justices & Kelman's Kosher Products*; *Errington v Wilson* (1995) unreported; *Thompson "Food Safety Law and Lanark Blue"*, [1995] SCOLAG p. 97.

⁸⁵ The Food Safety Act 1990 section 9 (6).

⁸⁶ Code of Practice No. 4, para. 53.

⁸⁷ *Thompson, K. "The Law of Food and Drink" (Shaw & Sons, 1996), p. 78.*

⁸⁸ See the Food Safety Act 1990 section 8 (3).

⁸⁹ Code of Practice No. 33

⁹⁰ Code of Practice No. 4, para. 23.

compensate the owner of the food for any fail in its value⁹¹. Any dispute as to compensation is dealt with arbitration⁹². Thus compensation is not available for loss of profits or for any adverse effects on the owner's trade and goodwill. Of course, compensation may be recoverable if it can be shown that an officer acted maliciously.

The Food Safety Act section 9 was not amended to state that the food safety requirements had to be interpreted in accordance with Regulation 178/2002. So, a purposive interpretation should be given to an EC Regulation to ensure a fit between domestic and European law⁹³. The Food Safety Act 1990 is a measured response to consumer concerns over food scares and the need to regulate a dynamic and important sector of the economy.

BIBLIOGRAPHY

Adams J. N. & Macqueen H. *Atiyah's Sale of Goods* (12. Ed., Pearson, 2010).

Atkins C. "The Third Part Offence, Enigma or Axiom?" (1988), *The Trent Law Journal*, V.12 pp. 17-32.

Baird N. *Criminal Law*, (5. Ed. Cavendish, 2005-6).

Baylis C. *Food Safety: Law and Practice*, (Sweet & Maxwell, 1994).

Boella M. & Pannett A. *Principles of Hospitality Law*, (2. Ed., Thomson, 1999).

Atwood B. & Thompson K. & Willett C. *Food Law*, (3. Ed., Tottel, 2009).

Bradgate J. R. & Howells G. G. "Food Safety- An Appraisal of the New Law" (1991), *Journal of Business Law*, July, pp.320-332.

Cartwright P. "Product Safety and Consumer Protection", (1995) 58 *Modern Law Review*, I, 2, pp. 222-231.

Chiaradia-Bousquer J. *Legislation Governing Food Control and Quality Certification, Authorities and Producers*, (FAO Legislative Study 54, 1995).

⁹¹ The Food Safety Act 1990 section 9 (7).

⁹² FSA 1990 s 9(8).

⁹³ Pointing, p. 602. See Pfeiffer [2004] E.C.R. I-8835 at 99.

Food Law Practice Guidance (England), April 2012.

<http://www.food.gov.uk/multimedia/pdfs/practiceguidanceeng.pdf>

Food Standards Agency *Food Safety Act 1990- A Guide for Food Businesses*, 2009 Edition.

Guest A. G. *Benjamin's Sale of Goods*, (Sweet & Maxwell, 1987).

Hicks A. & Goo S. H: *Cases & Materials on Company Law*, (6. Ed., Oxford Univ. Press, 2008).

Hawkins K. *Law as Last Resort, Prosecution Decision- Making in a Regulatory Decision*, (Oxford Socio-Legal Studies, 2002).

Howells G. G. & Bradgate J. R. & Griffiths M. *Blackstone's Guide to the Food Safety Act 1990*, (Blackstone, 1990).

"In the Irish Courts", (1973), 37 *Journal of Criminal Law*, N. 146 April/June, pp. 140-221.

Lauterburg D. *Food Law, Policy & Ethics*, (Cavendish, 2001).

McManus F. *Environmental Health Law*, (Blackstone, 1994).

Painter A. A. & Harvey B. (Ed. by), *Butterworths Law of Food and Drugs*, Vol. 2 (Butterworths, 1980).

Prechal S. & van Roermund B. *The Coherence of EU Law: The Search for Unity in Divergent Concepts*, (Oxford Univ. Press, 2008).

Pointing J. "Food Crime and Food Safety: Trading in Bushmeat- Is New Legislation Needed?", (2005), *Journal of Criminal Law*, V. 69, pp. 42-49.

Pointing J. "Food Law and the Strange Case of the Missing Regulation" (2009), *Journal of Business Law*, V. 6, pp. 592-605.

Thompson K. *The Law of Food and Drink*, (Shaw & Sons, 1996).

ABD HAKSIZ REKABET YASASI (UNFAIR COMPETITION ACT) ÇERÇEVESİNDE FİKRİ MÜLKİYET HAKLARINA UYUMUN BİLİŞİM TEKNOLOJİSİ SEKTÖRÜ ÖZELİNDE SÜRDÜRÜLEBİLİR EKONOMİK KALKINMAYA ETKİSİ VE SAĞLAYACAĞI AVANTAJLAR

(THE ADVANTAGES AND EFFECTS OF THE COMPLIANCE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS SPECIFIC TO IT SECTOR ON SUSTAINABLE ECONOMIC DEVELOPMENT WITHIN THE SCOPE OF UNFAIR COMPETITION ACT OF THE USA)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Leyla KESER BERBER*

ÖZET

Amerika Birleşik Devletlerinde yürürlüğe giren “Haksız Rekabet Yasası (Unfair Competition Act)”nda yer alan hükümler ışığında, fikri mülkiyet haklarına uyumun sürdürülebilir ekonomik kalkınmaya etkisi ve sağlayacağı avantajların farklı segmentlerde ele alındığı bu makale; donanım ve yazılım ürünleri bazında Bilişim Teknolojileri (BT) sektörünün gerek lokal gerek global ölçekte sağlıklı büyüebilmesi, adil rekabet ortamının yaratılabilmesi, ulusal ve uluslararası ekonomiye pozitif katkının artırılmasının temel kriterlerinden biri olarak fikri mülkiyet haklarının hukuka uygun kullanımı gerekliliğinin altını önemle çizmektedir.

Anahtar Kelimeler: Haksız Rekabet Yasası, Fikri Mülkiyet Hakları, BT ürünlerinin yasa dışı kullanımı, Uyum, Sürdürülebilir Ekonomik Kalkınma, Kaçak veya Korsan Yazılım veya Donanım Kullanımı.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Direktörü, e-posta: leyla.keser@gmail.com

ABSTRACT

Within this Article, in the light of the Unfair Competition Act (UCA) which came into force in the United States, we took into consideration of the effects of the compliance to the Intellectual Property (IP) rights on sustainable economic development and tackle it's advantages in different segments. We underline legal use of IP rights as a key criteria in terms of a healthy growth of IT sector on the basis of software and hardware products both local and global scale, in order to create a fair competition environment and to increase positive contribution to the national and international economy.

Keywords: *Unfair Competition Act, Intellectual Property, Illegal use of IT Products, Compliance, Sustainable Economic Development, Illegal or Counterfeit use of Software or Hardware.*

“Haksız Rekabet Yasası (Unfair Competition Act) Hakkında

Amerika Birleşik Devletlerinde yürürlüğe giren “Haksız Rekabet Yasası (Unfair Competition Act)”nda yer alan hükümler ışığında, fikri mülkiyet haklarına uyumun sürdürülebilir ekonomik kalkınmaya etkisi ve sağlayacağı avantajların farklı segmentlerde ele alındığı bu makale; donanım ve yazılım ürünleri bazında Bilişim Teknolojileri (BT) sektörünün gerek lokal gerek global ölçekte sağlıklı büyüebilmesi, adil rekabet ortamının yaratılabilmesi, ulusal ve uluslar arası ekonomiye pozitif katkının artırılmasının temel kriterlerinden biri olarak fikri mülkiyet haklarının hukuka uygun kullanımı gerekliliğinin altını önemle çizmektedir.

İllegal donanım ve yazılım ürünleri kullanılarak üretilen BT ürünlerinin yol açabileceği sorunların uluslar arası kurum ve kuruluşlar tarafından hazırlanan raporlar, istatistikler kapsamında değerlendirilmesinin bir adım önüne geçen ve bu soruna hukuki önemli bir çerçeve çizen Amerika Birleşik Devletleri'nin Haksız Rekabet Yasası, bu makalede detaylı bir şekilde incelenmiş ve Türk BT sektörünün dikkatine sunulmuştur. Amerika Birleşik Devletlerinde Federal bir yasa olma yolunda hızla ilerleyen Haksız Rekabet Yasası'nda öngörülen yasal yaptırımlar ve bunlardan ko-

runma olanakları hakkında daha şimdiden sektörde bir farkındalık oluşturmak ve sektörün konu hakkında bilgilenmesini sağlamak bu makalenin hedefleri arasındadır.

Ulusal pazarda güçlü, uluslararası arenada rekabet gücüne sahip bir BT sektörü yaratmak, hukuka uygun BT ürünleri kullanılmasının teşvik edilmesini, illegal kullanımın da yaptırıma bağlanmasını gerektirmektedir. Bu nedenle mevcut yasalarımızda yer alan yaptırımların dışında, bu konuyu spesifik olarak düzenleyen Haksız Rekabet Yasası benzeri yasal düzenlemelere veya en azından mevcut yasalarımızın ilgili maddelerine bu doğrultuda eklemeler yapan hukuki metinlere olan açık ihtiyaç bu çalışmada vurgulanmakta ve Türk Hukuku özelinde değerlendirmeler yapılarak, Kanun koyucunun da dikkati konuya çekilmektedir.

Ülkemizin yatırım ortamının iyileştirilmesi, yabancı yatırımcı için cazip bir hukuki ekosistemin yaratılması, uluslararası ekonomik ve ticari repütasyonumuzun güçlendirilmesi açısından önem taşıyan Haksız Rekabet Yasası benzeri yasal düzenlemelerin bu çalışma vesilesiyle sayesinde Ülkemizde de yürürlüğe girmesini temenni etmekteyiz.

Sunuş

Haksız Rekabet Yasası Çerçevesinde Fikri Mülkiyet Haklarına Uyumun Sürdürülebilir Ekonomik Kalkınmaya Etkisi ve Sağlayacağı Avantajların akademik bir bakış açısıyla değerlendirildiği bu çalışma, içerdiği dört ana bölümde konuyu farklı perspektifleri itibarıyla değerlendirmeye çalışmaktadır.

Fikri mülkiyet haklarının ihlalinin ulusal ve küresel ekonomiye verdiği maddi kayıpların değerlendirildiği ilk bölümde, uluslararası kurum veya kuruluşlar, şirketler tarafından hazırlanan veriler dikkate alınarak sorunun önemi çarpıcı bir şekilde ortaya konulmuştur.

İkinci bölümde fikri mülkiyet haklarının hukuka uygun kullanımının sağlayacağı faydalar farklı katmanlarda değerlendirilmiştir. Bu katmanlar arasında rekabet hukuku, sürdürülebilir ekonomik kalkınmaya, bilgi güvenliği, kurumsal repütasyon, ulusal veya uluslararası destek ve teşviklerden yararlanma gibi başlıklar yer almaktadır.

Üçüncü bölüm Amerika Birleşik Devletlerinde yürürlüğe giren Haksız Rekabet Yasasının detaylı bir biçimde açıklamasına özgülenmiştir. Bu anlamda Yasa öngörülen kapsam, süreçler, açılacak davalara özgü bil-

giler, Haksız Rekabet Yasası sonrası yaşanan gelişmeler değerlendirilmiştir.

Bu veriler ışığında Türk Hukuku açısından Haksız Rekabet Yasasının değerlendirilmesi ise Dördüncü bölümde yapılmıştır. Söz konusu bölümde haksız rekabete ilişkin olarak mevcut ve yeni Türk Ticaret Kanununda yer alan hükümler irdelenmiş ve yeni Türk Ticaret Kanununun haksız rekabetle ilgili hükümleri arasına, ulusal pazarı regüle edebilmek amacıyla ilave edilmesi yerinde olacak hüküm önerileri teklif edilmiştir. Yine Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu açısından yapılan değerlendirmeler de bu bölümde yer almaktadır.

Tüm bu bölümlerde yapılan değerlendirmelere istinaden BT ürünleri üreticilerinin bilmesi gereken önemli konu başlıkları Sonuç bölümünde bir kez daha açıklanmış ve hukuka uygun bilgi teknolojileri kullanımının önemi ısrarla vurgulanmıştır.

Genel Değerlendirme

Fikri mülkiyet hakkı ihlallerinin ulusal ve küresel düzeyde pek çok farklı kişi ve konu için olumsuz etkiler yarattığı yadsınamaz bir gerçektir. Korsan yazılım ve sahte donanım başta olmak üzere, fikri mülkiyet hakkı ihlalleri bir yandan hak sahipleri ve tüketiciler üzerinde olumsuz etkilere neden olurken, diğer yandan da inovasyon ve gelişmeyi engelleyerek devlet ve toplum nezdinde zararlara sebebiyet vermektedir.

OECD tarafından 2008 yılında hazırlanmış bir rapor kapsamında, uluslararası ticarete konu olan korsan ve taklit ürünlerin yıllık miktarının 200 Milyar Amerikan Doları olduğu belirtilmiş¹, bu sayı 2009 yılında 250 Milyar Amerikan Doları olarak güncellenmiştir². BSA³ verilerine göre ise, 2010 yılında dünya genelinde korsan yazılım kullanım oranı % 42 olmuştur. Bu oran, her ne kadar bir önceki yılın verilerine göre % 1'lik bir düşüşe karşılık gelse de her yıl yapılan bu çalışma kapsamında bulunmuş en

¹ OECD, The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy, 2008

² OECD, Magnitude of Counterfeiting and Piracy of tangible products: An Update, November 2009

³ www.bsa.org.

yüksek ikinci yüzdendir. BSA tarafından yapılan çalışmada ayrıca, korsan yazılım kullanımının ticari değerinin 58.8 Milyar Amerikan Doları olduğu tespit edilmiştir. Görüldüğü üzere, fikri mülkiyet ihlalleri ve özellikle korsan yazılımın bu derece yaygın olması hem ulusal hem de küresel düzeyde önemli zararlara sebep olmaktadır.

Bilgi teknolojilerinin fikri mülkiyet haklarına uygun kullanımı bahsi geçen zararların önüne geçmenin yanı sıra, pek çok faydayı da beraberinde getirmektedir. İşletmelerinde hukuka uygun bilgi teknolojileri kullanan şirketler rekabet hukuku, kurumsal repütasyonun korunması, ulusal ve uluslararası destek programlarından faydalanılması gibi açılardan fikri mülkiyet haklarını ihlal eden şirketlere oranla daha avantajlı konumda olacakları gibi, hukuka aykırı bilgi teknolojilerinin sebep olabileceği bilgi güvenliği risklerinden de korunacaktır. Fikri mülkiyet haklarına uyum ayrıca sürdürülebilir kalkınma açısından da olumlu bir etkiye sahip olacaktır. Keza yatırımcılar açısından hem fikri mülkiyet haklarının yeterli seviyede korunduğu bir yasal sistemin bulunduğu hem de uygulamada etkin korumanın sağlandığı bir yapının kurulması, fikri mülkiyet alanında gerçekleştirilecek yatırımların büyük ölçekli ve sürdürülebilir olmasının önemli bir unsurudur.

Fikri mülkiyet haklarına uygun kullanım hususunda en kapsamlı çalışmalarını gerçekleştiren ve konu ile ilgili azami seviyede duyarlılık gösteren ülkelerin başında Amerika Birleşik Devletleri gelmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nin Washington eyaletinde Nisan 2011'de yasalaşan *Haksız Rekabet Kanunu* ("*Unfair Competition Act, UCA*") konu ile ilgili son dönemlerde yaşanan en önemli gelişmelerden biri olup; bilgi teknolojilerinin hukuka aykırı kullanımını (bir başka deyişle fikri mülkiyet haklarının ihlalini) haksız rekabet hukuku açısından ele almaktadır.

UCA, lisanssız veya hukuka aykırı şekilde bilgi teknolojisi ürünleri kullanmak suretiyle mal üreten üreticinin hukuka uygun şekilde bilgi teknolojisi ürünleri kullanarak mal üreten üreticiye nazaran maliyetini düşürerek bu sayede *haksız bir avantaj sağlamasının* haksız rekabet teşkil ettiğini öngörmektedir. Bu şekilde denizaşırı üreticilere uygulanan telif hakları veya marka hukuku da dahil olmak üzere, mevzuatın ihlal edilmesi suretiyle bilişim sistemi sahibinin izni olmaksızın bilişim sistemlerini lisanssız veya hukuka aykırı şekilde kullanarak mal üreten üreticilere çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür.

UCA kapsamında düzenlenen yaptırımlar yalnızca Washington eyaletinde ikamet eden mal üreticilerini değil, dünyanın herhangi bir yerinde ikamet eden ve ürünlerini Washington eyaletinde satışa sunan mal üreticilerini de kapsamakta olup; UCA mal üreticileri ile de sınırlı kalmayarak söz konusu mal üreticisi ile akdi ilişki içerisinde bulunan malı imal eden, geliştiren, dağıtan, reklamını yapan, pazarlayan kişileri de sorumluluk altına sokmuştur.

UCA'nın yasallaşmasından sonra yaşanan birtakım gelişmeler, benzer uygulamaların Amerika Birleşik Devletleri geneline yayılacağına sinyallerini vermektedir. 4 Kasım 2011 tarihinde ABD Ulusal Başsavcılar Birliği (NAAG) tarafından Federal Ticaret Komisyonu'na ve Haksız Rekabet Bürosu Başkanlığı'na hitaben yazılan bir yazı, bu gelişmelerin en önemlileri arasındadır. Keza bu yazı kapsamında, özellikle ABD dışındaki ülkelerde yerleşik üreticiler tarafından hukuka aykırı bir şekilde BT kullanılması suretiyle üretim yapılmasının BT'yi hukuka uygun şekilde kullanan üreticilere karşı haksız rekabet teşkil edildiğinden bahsedilerek Washington ve Louisiana Eyaletlerde çıkan Haksız Rekabete ilişkin yasaların yanı sıra Federal Commission Act'in de bu konuyla mücadele için kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Buna ek olarak A.B.D. Başkanı Obama tarafından 24 Ocak 2011 tarihinde ABD Ticari Kolluk Departmanı'nın (Trade Enforcement Unit) kuruluşuna ilişkin olarak yapılan konuşmada da Departmanın kuruluşu sayesinde yasalara uygun yöntemlerle ürettikleri ürünleri pazara sunan Amerikalı üreticilerin haksız rekabete karşı daha kapsamlı bir şekilde korunmasının sağlanacağına belirtilmiş olması, UCA benzeri yasaların uygulamasının artacağına işaret etmiştir.

Ülkemizde UCA ile aynı kapsamda bir yasa bulunmamakla birlikte; hak sahiplerini, tüketicileri ve menfaat sahiplerini fikri mülkiyet hakkı ihlallerinden korumayı amaçlayan pek çok çeşitli düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin başlıca örnekleri aşağıdaki gibidir:

- Haksız rekabete ilişkin mevcut ve yeni Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümler,
- Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamında yer alan düzenlemeler,
- Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun kapsamında yer alan düzenlemeler, ve

- Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında yer alan düzenlemeler.

Bu düzenlemelerden her biri, fikri mülkiyetin hukuka aykırı kullanımını nedeniyle zarar gören taraflara dava ve zararlarının tazminini talep hakkı vermektedir. Hatta bahsi geçen düzenlemeler, fikri mülkiyet hakkı ihlalinde bulunan kişiler aleyhine cezai yaptırım uygulanmasına da imkan tanımaktadır.

Bu bilgiler ışığında, özellikle ürünlerini Amerika Birleşik Devletleri'ne ihraç eden üreticilerin, işletmelerinde fikri mülkiyet haklarına uygun ürün ve sistemler kullanması büyük önem arz etmektedir. Keza hukuka aykırı bilgi teknolojileri kullanımı neticesinde fikri hakların ihlaline sebebiyet veren üreticiler hak sahiplerine tazminat ödemek zorunda kalabileceği gibi, ürünlerine el konulması ve/veya mallarını bir daha Washington eyaletinde satışa sunamaması gibi risklerle karşı karşıya kalabilecektir. Ancak, ürünlerini Washington eyaletinde satışa sunmayan, hatta ihracatı bulunmayan şirketlerin de işletmelerinde kullandıkları bilgi teknolojilerinin hukuka uygunluğuna özen göstermesi gerekmektedir. Aksi takdirde, bu şirketlerin de Türkiye sınırları içerisinde belli yaptırımlara tabi olması söz konusu olabilecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere, her ne kadar ülkemizde UCA kapsamında bir yasa bulunmasa da, UCA'nın korumayı öngördüğü ilkeleri düzenleyen ve yasal korumaya alan pek çok düzenleme bulunmaktadır.

I. Fikri Mülkiyet Haklarının İhlalinin Ulusal ve Küresel Ekonomiye Verdiği Maddi Kayıplar

Fikri mülkiyet hakkı ihlalinin ulusal ve küresel düzeyde pek çok farklı kişi ve konu için olumsuz etkiler yarattığı tartışmasızdır. Bu etkilerin başlıcaları şunlardır:

- Genel sosyo-ekonomik etkileri: İnovasyon ve büyümeye yönelik etkiler, suç teşkil eden faaliyetler bakımından, çevresel etkiler, istihdama yönelik etkiler, doğrudan yabancı yatırım ve ticarete yönelik etkiler vb.

- Hak sahiplerine etkileri: Satış rakamları ve fiyatlar bakımından, marka değeri ve şirket repütasyonu bakımından, telif hakları bakımından, şirket yatırımları bakımından, maliyetler ve operasyonel faaliyetler bakımından vb.

- Tüketicilere etkileri: Sağlık ve güvenlik riskleri, hizmet sunumu ve kalitesine ilişkin sorunlar, tüketicilere yönelik hizmetlerden yararlanmaya yönelik etkiler vb.

- Devlete etkileri: Vergi geliri kayıpları, harcamalar, yolsuzluk, devlet olarak repütasyonun zarar görmesi vb.

Korsan veya taklit bilgi teknolojileri kullanımının olumsuz etkileri de şu şekilde sıralanabilir⁴:

Sektör açısından:

- Satış kaybı,
- Marka değeri kaybı ve kamusal imajın zedelenmesi,
- Fikri Mülkiyet haklarının korunması için harcanan maliyetler,
- Araştırma ve geliştirme faaliyetleri için yapılacak yatırımların azalması,

İlgili devletler açısından:

- Vergi kayıpları,
- Fikri Mülkiyet haklarının korunması için kolluk kuvvetleri ve yargı organları tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin maliyetleri
- Taklit ürünlerin tedarik zinciri içine girmesi halinde ortaya çıkabilecek ulusal güvenlik ve vatandaşların güvenliği ile ilgili etkiler,

Ekonominin tamamı açısından:

- Inovasyona yönelimin azalmasından kaynaklanan ekonomik kayıplar,
- Ülkeler arası ticaret hacminin düşmesinden kaynaklanan ekonomik kayıplar.

Dünya çapında korsan ve taklit ürün miktarındaki son 20 yılda ortaya çıkan dikkate değer artış OECD tarafından da ortaya konmuş ve özellikle bu alandaki rakamları gösteren derinlemesine bir çalışma bulunmadığına dikkat çekilmiştir. Bu alanda OECD tarafından 2008 yılında bir rapor hazırlanmış ve raporda uluslararası ticarete konu olan korsan ve taklit ürünlerin yıllık miktarının 200 Milyar Amerikan Doları olduğu belirtil-

⁴ INTELLECTUAL PROPERTY “Observations on Efforts to Quantify the Economic Effects of Counterfeit and Pirated Goods”, GAO.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

miş⁵, bu sayı 2009 yılında 250 Milyar Amerikan Doları olarak güncellenmiştir⁶.

Korsan ve taklit ürünlerin ekonomik etkileri ölçülürken OECD tarafından 4 temel kategori ortaya konmuştur. Bu kategoriler şunlardır:

- Uluslararası ticarete konu korsan ve taklit ürünler,
- Yerel olarak üretilen ve tüketilen korsan ve taklit ürünler,
- İnternet üzerinden yayılan korsan dijital ürünler,
- Korsan ve taklitin daha geniş anlamdaki ekonomik etkileri

Frontier Economics ile BASCAP tarafından Şubat 2011’de yayınlanan “Estimating the Global Economic and Social Impacts of Counterfeiting and Piracy” isimli rapor, korsan ve taklitin ekonomik değerini bu kategoriler bazında ele alarak ve bazı eklemeler yaparak şu şekilde tespit etmektedir:

İlgili Kategori	2008 (Milyar Amerikan Doları)	2015 Tahminleri (Milyar Dolar Amerikan Doları)
Uluslararası ticarete konu korsan ve taklit ürünler	\$285 - \$360	\$770 - \$960
Yerel olarak üretilen ve tüketilen korsan ve taklit ürünler	\$140 - \$215	\$370 - \$570
İnternet üzerinden yayılan korsan dijital ürünler	\$30 - \$75	\$80 - \$240
Ara toplam	\$455 - \$650	\$1,220 - \$1,770
Korsan ve taklitin daha geniş anlamdaki ekonomik etkileri*#	\$125	\$125 +
İş gücü kaybı *	2.5 Milyon	2.5 Milyon +

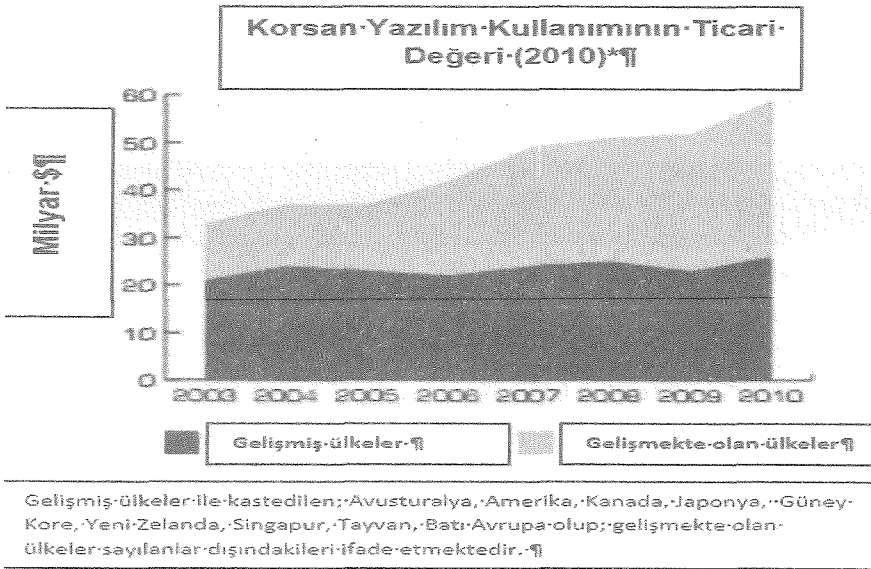
*G20 ülkeleri içinde vergisel kayıplar, genel harcamalar, suçla mücadele maliyetleri, yabancı doğrudan yatırım akışları bakımından, Kaynak: Frontier Economics

⁵ OECD, The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy, 2008

⁶ OECD, Magnitude of Counterfeiting and Piracy of tangible products: An Update, November 2009

BSA verilerine göre, 2010 yılında dünya genelinde korsan yazılım kullanım oranı % 42 olmuştur. Bu oran, her ne kadar bir önceki yılın verilerine göre % 1'lik bir düşüğe karşılık gelse de her yıl yapılan bu çalışma kapsamında bulunmuş en yüksek ikinci yüzde olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca korsan yazılım kullanımının ticari değeri 58.8 Milyar Amerikan Doları değerinde tespit edilmiştir. Bu miktar bir önceki yıla göre % 14 daha fazladır.

Korsan PC yazılım kullanım miktarının yarısından fazlasının (31.9 Milyar Amerikan Doları değerinde) gelişmekte olan ekonomilerde gerçekleştiği görülmektedir.



* 8. Yıllık Küresel Yazılım Korsanlığı Raporu, BSA, Mayıs 2010

BSA'nın 2010 yılı çalışmasına dâhil edilen 116 ülkenin yarısında korsan kullanım oranının % 62 veya daha fazla olduğu tespit edilmiştir. Türkiye, çalışmaya katılan ülkeler içinde 24. Sırada yer almış olup, Türkiye'de korsan yazılım kullanımının ticari değeri 516 Milyon Amerikan Doları olarak belirlenmiştir. Bu değer 2009 yılında 415 Milyon Amerikan Doları iken 2008 yılında ise 468 Milyon Amerikan Doları olarak tespit edilmiştir. Bununla birlikte, korsan kullanım oranı 2009 yılında % 63 iken 2008 yılında % 64 olarak belirlenmiştir. Bu rakamlar, korsan kullanım oranı düşmesine

rağmen kullanılan korsan yazılımın ticari değerinin arttığını göstermektedir.

PC yazılım korsanlığının küresel ölçekte % 10 oranında düşürülmesi halinde 2013 yılı itibarıyla 142 Milyar Amerikan Doları değerinde yeni ekonomik faaliyet yaratılacağı ve yüksek teknoloji alanında 500.000 yeni istihdam ortaya çıkacağı hesaplanmıştır. Yüzde onluk bu artışın 32 Milyar Amerikan Doları değerinde vergi geliri ortaya çıkarması beklenmektedir.

Korsan yazılım kavramının ekonomik etkileriyle ilgili yapılmış çalışmalar incelendiğinde, kapsamın korsan yazılımların bilgisayarlara yüklenebilir kopyalarına erişim sağlayan, posta yoluyla dağıtılan korsan yazılımların pazarlamasının yapılması veya yazılımlar üzerinde izinsiz kopyalamayı önlemek amacıyla oluşturulmuş güvenlik araçlarının ortadan kaldırılmasına yönelik kodlar veya diğer teknolojilerin sunulması olarak belirlendiği görülmektedir⁷.

Korsan yazılım kullanım oranlarının yıllar içinde artmasını sağlayan etkenler; donanım kullanımındaki artış, korsan yazılımların P2P ağlar ve açık artırma sitelerinde daha fazla yer almaya başlaması ve tek bir lisans ile çok fazla sayıda bilgisayarda aynı yazılımın kullanılması olarak sıralanmaktadır⁸.

Avrupa Birliği ülkeleri içinde yapılan araştırmada⁹, korsan yazılımların Avrupa yazılım sektörünün 1 yıl içinde 4.5 Milyar Euro civarında bir kayba uğramasına sebep olduğu sonucuna varılmıştır. BSA verilerine göre, bu oran AB bünyesinde 26.000 kadar bir istihdam kaybına sebep olmaktadır. Bu istihdam kaybı, yazılım endüstrisinin yanı sıra yazılıma ilişkin servis ve dağıtım kanalları faaliyetlerine de ilişkin olarak yaşanmaktadır. Bahsedilen doğrudan istihdam kaybına ek olarak, bilgi teknolojileri sektöründe her bir iş kaybının diğer sektörlerde de en az bir iş kaybına karşılık geldiği değerlendirildiğinde dolaylı iş kaybıyla birlikte istihdam kaybının yaklaşık 50.000 seviyesinde olduğu sonucuna varılmaktadır.

Yazılım korsanlığının yalnızca yazılım endüstrisini değil, tüm bilgi teknolojileri endüstrisi değer zincirini tehdit ettiği kabul edilmektedir. BSA verilerine göre, bir ülkede satılan her bir dolarlık PC yazılımı için

⁷ BSA-IDC 2008 Global Software Piracy Study, May 2009.

⁸ The Impact of Piracy on the Most Affected European Creative Industries

⁹ The Impact of Piracy on the Most Affected European Creative Industries

yerel bilgi teknolojileri servis sektörü ve dağıtım şirketleri 3-4 dolarlık gelir elde etmektedirler. Bu gelirin % 90'ı da ülke içinde kalmaktadır.

2007 yılında BSA için IDC tarafından yapılmış olan bir çalışmaya göre; PC yazılım korsanlığı oranlarında 2008-2011 yılları arasında yüzde 10'luk bir düşüş sağlanması halinde, 600.000 yeni istihdam miktarı elde edilecek ve her hangi bir vergi artışı yapılmasa dahi devlet gelirlerinde 24 Milyar dolarlık bir artış sağlanacaktır. Söz konusu çalışmaya göre, yazılım korsanlığında ortaya konulacak azalma yeni iş olanakları yaratmasının yanı sıra, yerel ekonominin büyümesine ve yerel hizmetlerin desteklenmesi için vergi gelirlerinde de önemli bir artışa sebep olacaktır.

II. Fikri Mülkiyet Haklarına Uygun Kullanımın Sağlayacağı Faydalar

1. Haksız Rekabet Açısından

Aşağıda IV. Bölüm kapsamında detaylı bir şekilde incelendiği üzere, fikri mülkiyet haklarına aykırı nitelikteki kullanımlar, Türk Ticaret Kanunu kapsamında haksız rekabet teşkil edebilecektir. Özellikle hukuka aykırı yöntemlerle edinilen yazılımlar, hem maliyetteki fark nedeniyle fikri mülkiyet haklarına uygun kullanım yapan rakipler aleyhine haksız şekilde rekabet avantajı elde edilmesine sebep olacak, hem de Türk Ticaret Kanunu kapsamında öngörülen hukuki ve cezai yaptırımlara konu teşkil edilebilecektir.

Aşağıda da belirtildiği gibi, bilgi teknolojilerinin hukuka aykırı bir şekilde kullanımı ve/veya satışa sunulması, mevcut Türk Ticaret Kanunu'nda sayılı haksız rekabet eylemlerinden "*Başkasının malları, iş mahsul-leri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle itibaslar meydana getirmeye çalışmak (özellikle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla itibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut itibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmiyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak)*" ve Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda sayılı eylemlerden "*Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak*" eylemleri çerçevesinde haksız rekabet teşkil etmektedir. Hem mevcut hem de yeni yasa, bu kapsama giren eylemleri gerçekleştiren kişi ve kuruluşlar aleyhinde hukuk veya ceza davası açılabileceğini düzenlemek-

tedir. Bu nedenle, fikri mülkiyet haklarına aykırı kullanımlarla, rakipleri ile haksız bir şekilde rekabet eden şirketler hem maddi ve/veya manevi tazminat ödeme, hem de hapis ya da idari para cezasına çarptırılması riski ile karşı karşıya kalacaktır.

2. Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkisi Açısından

Yatırımcılar açısından hem fikri mülkiyet haklarının yeterli seviyede bulunduğu bir yasal sistemin bulunduğu hem de uygulamada etkin korumanın sağlandığı bir yapının kurulması, fikri mülkiyet alanında gerçekleştirilecek yatırımların büyük ölçekli ve sürdürülebilir olmasının önemli bir unsurudur. Aksi durum, bir ülkede bu yatırımların gerçekleştirilmesini ve ülkenin fikri mülkiyet alanında kendi endüstrisini yaratmasını engelleyecektir. Bu durum da, bu yatırımların ortaya çıkaracağı iş olanakları, katma değer ve vergi gelirlerinin kaybı anlamına gelecektir. Fikri mülkiyet alanında yapılan yatırımlar neticesinde bu alanda oldukça büyük ve gelişmiş endüstriler yaratmış olan pek çok ülke örneği verilebilir. İlk akla gelen örneklerden bir tanesi Hindistan'ın yazılım endüstrisi ve dünya çapında bu alanda sunduğu dış kaynak hizmetlerdir. Yazılım üretimi ve ihracatı konusunda dünyadaki en başarılı ülkelerden biri olan Hindistan'da 2007 yılında yazılım üretiminden elde edilen gelir gayri safi yurt içi hâsılanın % 5,2'si oluşturmuştur. 1998 yılında bu oran % 1,2 düzeyindedir¹⁰.

Fikri mülkiyet hakları ile sürdürülebilir kalkınma arasındaki ilişki Birleşmiş Milletler'e bağlı fikri mülkiyet örgütü WIPO'nun (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü) önderliğinde WCO (Dünya Gümrük Örgütü), INTERPOL, ICC/BASCAP (Uluslararası Ticaret Odası) ve INTA (Uluslararası Marka Örgütü) işbirliğiyle 2004 yılından beri düzenlenmekte olan Taklit ve Korsanla Mücadele Küresel Kongresi'nin Şubat 2011'de gerçekleştirilen altıncısının ana teması olarak belirlenmiştir.

¹⁰ Indian IT/ITES Industry: Impacting Economy and Society 2007-2008, NASSCOM & Deloitte Study.

3. Bilgi Güvenliği Açısından

BSA, Ekim 2009'da yayımlanan raporunda¹¹, korsan yazılımla kötü amaçlı yazılım saldırıları (malware attacks) arasında ciddi bir bağlantı bulunduğunu, korsan yazılım oranlarının yüksek olduğu ülkelerde bu tür saldırıların da daha sık yaşandığını ortaya koymuştur. Saldırılardaki bu artışın en önemli nedenlerinden biri, korsan yazılım kullanan kullanıcıların, yazılım üreticileri tarafından devamlı yenilenen ve güncellenen güvenlik önlemlerine erişimlerinin bulunmamasıdır. Bilindiği üzere, virüs, truva atı, solucan, casus yazılım gibi güvenliği tehdit eden unsurlar sürekli yenilenerek, yazılımlardaki zayıf noktalardan faydalanmaktadır. Her ne kadar yazılım üreticileri bu durumun önüne geçmek için gerekli güncellemeleri düzenli olarak yapıyorsa da, bu güncellemelerden yalnızca yazılımlarını hukuken uygun yollarla temin etmiş olan kullanıcılar faydalanabilmektedir. Bu nedenle de, korsan yazılımdaki artış, daha fazla kullanıcıyı pek çok riske karşı savunmasız bırakmaktadır.

Bu risklerin en önemlileri, kimlik hırsızlığı ve kullanıcıların bilgisayarlarının dışarıdan müdahale ile birtakım siber suçlara karıştırılmasıdır. BSA'nın yukarıda anılan raporunda da atıfta bulunulan "Downadup" virüsü (diğer adıyla "Conficker Solucanı"), konu ile ilgili en önemli örneklerden biridir. Bulaştığı bilgisayarlardan yer alan mali bilgilerin ve kişisel verilerin çalınmasına yarayan ve dünya çapında sekiz milyon bilgisayara bulaşan bu virüs, en süratli şekilde korsan yazılım oranlarının yüksek olduğu bölgelerde yayılmıştır.

Bahsedilen doğrudan etkilerin yanı sıra, korsan yazılım kullanımının phishing saldırıları, casus yazılım (malware) ve botnet, fidye yazılımlarına (ransomware) izin vermeleri sebebiyle ortaya çıkan operasyonel performans düşüklüğü gibi dolaylı etkiler de eklenmektedir¹².

Korsan yazılım kullanımının ortaya çıkardığı güvenlik sorunları özellikle internetin çok yoğun olarak kullanıldığı günümüz dünyasında daha da etkili hale gelmektedir. Zira bir ağ üzerinde herhangi bir sistemde korsan yazılım kullanılması tüm ağın güvenliğini olumsuz yönde etkiler hale gelmektedir. Bu yazılımları kullanan kullanıcılar Botnet yapılarının

¹¹ Software Piracy on the Internet: A Threat to your Security, October 2009.

¹² An Unconvenient Reality, The unaccounted consequences of non-genuine software usage, KPMG, 2009.

parçası haline gelebilmekte ve uzaktan kontrol edilerek büyük ölçekli saldırıları gerçekleştiren grupların parçası haline farkında olmadan gelebilmektedirler.

4. Kurumsal Repütasyon Açısından

Bu çalışma kapsamında detaylı bir şekilde açıklandığı üzere, bilgi teknolojilerinin fikri mülkiyet haklarına aykırı bir şekilde kullanılması, pek çok riski de beraberinde getirmektedir. Her şeyden önce, bir başka kişi veya kuruluşun fikri mülkiyet haklarının ihlali, şirketler aleyhine yargı yollarına başvurulmasına ve önemli idari ve/veya cezai yaptırımlar uygulanmasına sebep olabilecektir.

Korsan yazılım kullanan şirketler ise, idari ve cezai yaptırıma tabi olma riskine ek olarak, yukarıda 3. bölümde izah edilen bilgi güvenliği riskleriyle de karşı karşıya kalabilecektir. Özellikle kullanıcı ve müşteri verilerini sistemlerinde saklayan şirketlerin, yasalara aykırı yöntemlerle elde edilmiş yazılımlar kullanılması nedeniyle birtakım güvenlik risklerine açık olması, ilgili şirketin itibarına ciddi zararlar verebilecek niteliktedir. Güvenlik açıkları nedeniyle şirket sistemlerinden birtakım verilerin çalınması ya da kaybolmasının yanı sıra, virüs vs. gibi unsurlar nedeniyle sistemde yaşanacak aksaklıklar da şirketin itibarı üzerinde olumsuz bir etkiye sebep olacaktır.

İlgili sektörün ne olduğuna bakılmaksızın müşterilere ve tüketicilere sunulan opsiyonların giderek arttığı ve rakiplerin sayısının hızlı bir şekilde yükseldiği günümüzde, şirketler açısından müşteri memnuniyeti ve güven büyük önem arz etmektedir. Bu çerçevede, fikri mülkiyet haklarına uygun kullanım da, müşteriler nezdinde anılan güven ve memnuniyeti sağlamak için pek çok maliyet ve sorumluluğa katlanan şirketlerin atacağı önemli adımlardan biri olarak değerlendirilmektedir.

Son yıllarda özellikle Avrupa Birliğinde gündemde olan konulardan biri olan “güven duyulan marka-Trustmark”¹³ kriterlerinden biri de kurumsal bilgi güvenliğidir. Bu anlamda bir şirketin bilgi güvenliği açısından sağlam bir altyapıya sahip olması ve sunduğu hizmetleri bu sağlam zemin üzerinden sunuyor olması, o şirketin ilişkide bulunduğu tüm üçüncü kurum

¹³ Keser Berber, Leyla/Akyazılı, Erdem; Trustmark (Güven Duyulan Marka), Ankara 2008.

veya kişiler nezdinde güvenilir olmasının temel şartlarından birini teşkil etmektedir. Gizlilik, bütünlük ve erişilebilirlik olarak ifade edilen bilgi güvenliğinin bu asgari üç temel kriterini sağlayabilmek için şirketin, kullandığı yazılım ve donanımlar da taklit, korsan veya sahte ürün kullanmaması belirleyici bir faktör olmaktadır.

5. Ulusal ve Uluslararası Teşvikler ve Desteklerden Faydalanma Açısından

Avrupa Birliği tarafından sağlanan desteklerin yanı sıra, ülkemizde de KOBİ'ler başta olmak üzere pek çok özel kuruluşa teşvik ve destekler sağlanmaktadır. Bu kapsamda;

- KOBİ'lere özel destek programları sunan KOSGEB; proje desteği, AR-GE, inovasyon ve endüstriye uygulama desteği, girişimcilik desteği, gelişen işletmeler piyasası KOBİ desteği, kredi faiz desteği gibi konularda,

- KOBİ'lere, girişimcilere ve diğer özel kuruluşlara destek ve teşvikler sağlayan Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı; tekno-girişim sermayesi desteği, sanayi tezleri projeleri (SAN-TEZ) desteği, AR-GE desteği, teknoloji geliştirme bölgeleri desteği, organize sanayi bölgesi ve küçük sanayi siteleri desteği gibi konularda,

- Bilimsel ve teknolojik alanda teşvik ve destek programları sunan TÜBİTAK ise; AR-GE desteği, bilim ve toplum projeleri desteği ve Avrupa Birliği çerçeve programları desteği gibi konularda,

mali destek ve teşvikler sunmaktadır. Bu kurumlara ek olarak; Hazine, Ekonomi Bakanlığı ve sair kurumlar tarafından da zaman zaman çeşitli destek programları sunulabilmektedir.

Destek programlarına başvuruda bulunmak isteyen şirketlerden, başvuru aşamasında çok sayıda bilgi ve belge talep edilmekte, başvurunun kabulünden sonra da şirket faaliyetleri takip edilebilmektedir. Talep edilen desteğin hangi konuya ilişkin olduğuna bakılmaksızın, bu bilgi ve belgeler arasında, şirket tarafından kullanılmakta olan sistem ve ürünlere ilişkin belgeler de yer alabilmektedir (örneğin KOSGEB, "Genel Destek Programı Başvuru Formu" içerisinde bu şekilde bir talep bulunmaktadır). Korsan yazılım veya sahte donanım kullanılması gibi sebeplerle ilgili belgelerin sağlanamaması ise, şirketlerin başvuru sürecinde sorunlarla karşılaşmasına neden olacak ve başvurunun reddedilmesi ile sonuçlanabilecektir. Buna ek

olarak, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen bilgi teknolojisi kalemlerine ilişkin tutarların (belgelendirilememesi nedeniyle) proje giderleri arasında gösterilmesi imkanı da bulunmayacak, bu bedellerin şirket tarafından bizzat karşılanması gerekecektir.

Görüldüğü üzere, hukuka uygun bilgi teknolojileri kullanan şirketler hem teşvik ve destek programlarından faydalanmaya elverişli bir konumda olacak, hem de başvurularının kabulü halinde ilgili tutarları program kapsamında kendilerine ayrılan bütçeden karşılayabileceklerdir.

III. Unfair Competition Act

1. Kapsam

Amerika Birleşik Devletleri'nin Washington Eyaletinde Nisan 2011'de *Haksız Rekabet Kanunu* ("*Unfair Competition Act, UCA*") yasalaştırılmıştır. Kanun, lisanssız veya hukuka aykırı şekilde BT ürünleri kullanmak suretiyle mal üreten üreticinin hukuka uygun şekilde BT ürünleri kullanarak mal üreten üreticiye nazaran maliyetini düşürerek bu sayede *haksız bir avantaj sağlamasının* haksız rekabet teşkil ettiğini öngörmektedir. Bu şekilde denizaşırı üreticilere uygulanan telif hakları veya marka hukuku da dahil olmak üzere mevzuatın ihlal edilmesi suretiyle Bilişim Sistemi Sahibinin izni olmaksızın bilişim sistemlerini lisanssız veya hukuka aykırı şekilde kullanarak mal üreten üreticilere aşağıda detaylı bir şekilde anlatılacak olan yaptırımlar öngörülmüştür.

UCA kapsamında düzenlenen yaptırımlar yalnızca Washington Eyaleti'ne ikamet eden mal üreticilerini değil, dünyanın herhangi bir yerinde ikamet eden ve ürünlerini Washington Eyaleti'nde satışa sunan mal üreticilerini de kapsamakta olup; Kanun mal üreticileri ile de sınırlı kalmayarak söz konusu mal üreticisi ile akdi ilişki içerisinde bulunan malı imal eden, geliştiren, dağıtan, reklamını yapan, pazarlayan kişileri de sorumluluk altına sokmuştur.

UCA kapsamında sorumlu tutulmayacak kimseler ise; Amerika Gıda ve İlaç Kurumu kapsamında düzenlenen yiyecek, içecek ve ilaç üreticileri, ürünleri telif hakları hukuku ile korunan Şirketler olarak belirtilmiş olup, hukuka aykırı veya lisanssız olarak kullanılan Bilişim Teknolojilerininin 20.000 \$ ve üzerinde bir değerinin olması gerektiği belirtilmiştir.

2. Kanunda Öngörülen Süreçler

Yukarıda açıklandığı üzere bir mal üreticisinin, bedeli 20.000\$ ve üzeri olan Bilişim Teknolojilerini hukuka aykırı veya lisanssız olarak kullanmak suretiyle ürettiği malı Washington Eyaleti'nde satışa sunması sonucunda oluşan haksız rekabetin önlenmesi veya oluşan haksızlığın giderilmesi için bir süreç öngörülmüştür.

UCA 5. Maddesinde, söz konusu hukuka aykırı veya lisanssız kullanıma konu olan Bilişim Teknolojileri sahibinin, söz konusu BT üzerinde münhasır hak sahibi olan kişinin veya bu kişilerce yetkilendirilen kişinin, hukuka aykırı veya lisanssız kullanımı gerçekleştiren mal üreticisine yazılı ihtarda bulunması gerektiği öngörülmüştür. Yazılı ihtarın ilgili kişiye tebliğini takiben doksan (90) gün içerisinde kullanılan BT ürünlerine ilişkin gerekli lisanslamanın yapılmaması ve hukuka aykırı kullanımının durdurulmaması halinde ise üretici aleyhine Washington Eyalet Savcısı ya da rakip üreticiler tarafından dava açma hakkı 6. Maddede tanınmıştır. Söz konusu dava açma hakkının kullanılabilmesi için tebliğ edilen yazılı ihtar- da; hukuka aykırı şekilde veya lisanssız olarak kullanılan Bilişim Teknolojisinin, söz konusu Bilişim Teknolojilerinin sahibinin veya hak sahibinin kimliğinin, uyuşmazlığa uygulanacak olan hukukun, kullanılan Bilişim Teknolojileri ile üretilen malın ve hukuka aykırı veya lisanssız kullanıma ilişkin olarak davacı tarafın elinde bulundurduğu delillerin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

UCA 5. Maddesinde yazılı ihtarın tebliğ dilmesini takiben iyi niyete dayalı olarak karşı tarafın bilgisi dahilinde bir soruşturma sürdürüleceği belirtilmiş olduğundan ötürü, davalı tarafı haksız yere cezaya mahkum etmemek amacıyla davalı tarafa tanınan doksan (90) günlük sürenin, bir kereye mahsus olarak doksan (90) gün daha uzatılabileceği belirtilmiştir.

Bilişim Teknolojilerini hukuka aykırı veya lisanssız bir şekilde kullanmak suretiyle mal üreten üreticiye karşı Washington Eyaleti veya başka bir Eyalet sınırları içerisinde sürmekte olan bir soruşturma veya dava süreci var ise, söz konusu davanın sonuçlanmasının beklenilmesi 5. Maddenin (c) bendinde belirtilmiştir.

3. Davanın Tarafları

Dava, Washington Eyaleti sınırları içerisinde hukuka aykırı veya lisanssız bir şekilde BT ürünlerini kullanarak satışa sunulan ürünler ile aynı veya benzer nitelikte olan ürünleri üreten rakip üreticiler veya Washington Eyalet Savcısı tarafından açılabilir. Kural olarak davanın, söz konusu hak ihlalini gerçekleştiren mal üreticisine karşı açılması gerekiyorsa da, 6. Maddenin 2. Fıkrasında aşağıdaki durumlardan birinin mevcut olması halinde zararın üçüncü kişilerden talep edilmesinin mümkün olacağı belirtilmiştir:

a. Zararın üçüncü kişiden talep edilebilmesi için, söz konusu davaya ilişkin mahkeme kararının verilmesinden en az doksan (90) gün önce üçüncü kişiye davaya ilişkin yazılı ihtarında bulunmuş olması gerekmektedir. Tebliğ edilen yazılı ihtarın; davalıya gönderilmiş olan yazılı ihtarında bulunan hususları içermesi gerekmektedir. Aksi takdirde, söz konusu zararın üçüncü kişiden talep edilmesi mümkün değildir.

b. Bilişim Teknolojilerini hukuka aykırı veya lisanssız bir şekilde kullanmak suretiyle mal üreten üreticinin yani davalının bulunmaması veya davalının söz konusu zararı karşılayacak mal varlığının olmaması halinde zararın karşılanması üçüncü kişilerden talep edilebilecektir.

c. Üçüncü kişi nihai ürünün tamamını veya nihai ürünün yüzde otuzluk değerine tekabül eden bir tamamlayıcı ürünü üretmişse zararın üçüncü kişiden talep edilmesi mümkün olacaktır.

d. Nihai ürüne ilişkin olarak üretici ile arasında akdi bir ilişki mevcutsa üçüncü kişiden zararın talep edilmesi mümkün olacaktır.

e. Aynı konuya ilişkin olarak veya benzer bir ihlal kapsamında süregelen, Washington Eyaleti veya başka bir Eyalet sınırları içerisinde üçüncü kişi aleyhine bir dava yürütülüyor olmaması gerekmektedir. Şayet süregelen bir dava var ise, aynı davalı için düzenlendiği üzere üçüncü kişi için de o davanın sonuçlanmasının beklenmesi gerekmektedir.

4. Üçüncü Kişilerin Korunma Yolları ve Kurtuluş Kanıtları

Yukarıda belirtilen hususların mevcut olması durumunda hukuka aykırı veya lisanssız Bilişim Teknolojisi kullanılarak yapılan üretim sonucunda uğranılan zararın karşılanması için üçüncü kişilere de başvurulacağı düzenlenmiş olduğundan ötürü, söz konusu durumun iyi niyetli üçüncü kişileri zarara uğratabilmesi mümkün olabilecektir. Bu durumu engellemek

için, UCA 8. Maddesinde üçüncü kişileri koruma yolları belirtilmiştir. Aşağıda belirtilmiş olan kapsamlardan birine dahil olan üçüncü kişilerin, söz konusu zarardan sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir:

a. **Tüketiciler:** Tüketiciler ve söz konusu malı tüketiciden satın almış olanlar (gerçek kişi de tüzel kişi de olsalar) sorumlu olmayacaktır.

b. **Küçük ve orta ölçekli işletmeler:** Yıllık geliri 50 milyon doların altında olan işletmeleri kapsar.

c. **Davalı ile arasında akdi ilişki bulunmayan şirketler:** Davalı ile arasında herhangi bir akdi ilişki bulunmayan şirketlerin, üçüncü kişi olarak herhangi bir zarardan dolayı sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir.

d. **Tedarik Zinciri ile ilgili Kanun'da sayılan önlemleri almış olan şirketler:** Doğrudan üreticileri ile arasında hukuka aykırı olarak BT kullanımını yasaklayan kurallar getiren politikalar oluşturmuş ve düzenli denetim yaptırmak vb. yollarla bu kuralların uygulanmasını temin ediyor olan 3. Kişilerin sorumluluktan kurtulma imkanı bulunmaktadır.

e. **İyiniyetli alıcılar:** Üreticiden ürün satın alırken, ürünlerin hukuka aykırı BT kullanımını olmadan üretildiklerine dair yazılı taahhüt vb. güvence almış olan alıcıların da sorumluluktan kurtulma imkanı bulunmaktadır.

Yukarıdaki koruma yolları kapsamına dahil olmayan üçüncü kişilere karşı UCA'da belirtilen yaptırımların uygulanabilmesi için, 9. Madde gereğince UCA'nın yürürlüğe girmesini takiben yüz seksen (180) günlük bir geçiş süresi tanınmıştır. Bu süre zarfında üçüncü kişilere karşı zararın talep edilmesi mümkün değildir. Yüz seksen (180) günlük sürenin sona ermesinin ardından üçüncü kişinin ispat yükünün başlamasından doksan (90) gün önce bir ön bildirimde bulunulur. Bu sürenin sona ermesinin ardından kişiye doksan (90) günlük bir süre tanınır. Söz konusu süre zarfında kişinin yukarıda açıklanmış olan sorumluluktan kurtulma yollarından birine dahil olduğunu ispatlamakla yükümlüdür, aksi takdirde zarardan sorumlu olacaktır. Bu süre içerisinde mahkeme tarafından üçüncü kişi aleyhine karar verilemeyecektir.

5. Davanın Konusu ve İstemler

Bir mal üreticisinin, üretimini Bilişim Sistemlerini hukuka aykırı veya lisanssız olarak yapması durumunda söz konusu kişinin lisanslı veya hukuka uygun olarak bilişim sistemlerini kullanan kişilere göre maddi kazanç elde etmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla ihlal edilen hakkın yanında mevcut olan zararın da karşılığının alınması gerekmektedir. Bu sebeple, 6. Maddenin (b) bendi gereğince, hukuka aykırı veya lisanssız bir şekilde BT kullanan mal üreticisinden, uğradığı zararı tazmin etmesi mümkündür. Şayet üretici rakip üreticiyi zarara uğratma kastıyla veya bilerek hukuka aykırı veya lisanssız Bilişim Teknolojilerini kullanarak söz konusu ihlali gerçekleştirmişse bir başka deyişle üreticinin kastının bulunması durumunda zararın üç katına kadar tazminat edilmesi mümkün olacaktır.

6. Washington Eyaleti Yetki Alanı Dışında Olan Şirketler Açısından Durum

Üreticinin Washington Eyalet mahkemeleri yetki alanı dışında olduğu durumlarda, bu üreticinin Washington'da bulunan ve hukuka aykırı BT kullanımı ile üretilmiş ürünleri üzerinde tedbir alınması imkânı bulunmaktadır. Mahkeme kararı kesinleşmeden, toplatma kararı verilmesi halinde, malları elinde bulunduran iyiniyetli üçüncü kişilerin zarar görmesini önlemek için; bu kişilere yukarıda sayılan kurtulma yollarından birinin varlığını ispat etmeleri ya da teminat yatırmaları halinde kararın geri alınması imkânı tanınmaktadır.

7. UCA Sonrası Ortaya Çıkan Gelişmeler

4 Kasım 2011 tarihinde ABD Ulusal Başsavcılar Birliği (NAAG) çatısı altındaki, 36 farklı ABD Eyaletinden ve 3 bölgeden toplam 39 başsavcı bir araya gelerek Federal Ticaret Komisyonu'na ve Haksız Rekabet Bürosu Başkanlığı'na hitaben bir yazı yazmışlardır. Bu yazıda, özellikle ABD dışındaki ülkelerde yerleşik üreticiler tarafından hukuka aykırı bir şekilde BT kullanılması suretiyle üretim yapılmasının BT'yi hukuka uygun şekilde kullanan üreticilere karşı haksız rekabet teşkil edildiğinden bahsedilerek Washington ve Louisiana Eyaletlerde çıkan Haksız Rekabete ilişkin yasaların yanı sıra Federal Commission Act'in de bu konuyla mücadele için kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Federal Ticaret Komisyonu ile Haksız

Rekabet Bürosu Başkanlığı'ndan bu konuda liderliği üstlenmeleri istenilmiştir.

Konuyla ilgili olarak yaşanan en son gelişme ise, A.B.D. Başkanı Obama tarafından 24 Ocak 2011 tarihinde A.B.D. Ticari Kolluk Departmanı'nın (Trade Enforcement Unit) kuruluşuna ilişkin olarak yapılan konuşmadır. Bu konuşmada Başkan Obama haksız rekabet uygulamalarının önünde geçmek için her türlü çalışmayı yapmaya hazır olduğunu belirtmiş ve bu amaçlar doğrultusunda Çin gibi ülkelerdeki haksız rekabet teşkil eden uygulamaları soruşturmak üzere bir Ticari Kolluk Departmanı kurulduğunu duyurmuştur. Başkan Obama, bu Departman'ın kuruluşu sayesinde yasalara uygun yöntemlerle ürettikleri ürünleri pazara sunan Amerikalı üreticilerin haksız rekabete karşı daha kapsamlı bir şekilde korunmasının sağlanacağını belirtmiştir.

IV. Türk Hukuku Açısından UCA'nın Değerlendirilmesi

1. Haksız Rekabete İlişkin Mevcut ve Yeni Türk Ticaret Kanununda Yer Alan Hükümler Açısından Değerlendirme

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ("TTK") 56. maddesi haksız rekabeti "...aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimali..." olarak tanımlamaktadır. Buna göre, iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde rakiplerine karşı haksız bir rekabet avantajı sağlayan şirketler, TTK'nın haksız rekabet hükümlerine tabi olacaktır. TTK, özellikle aşağıdaki eylemlerin iyiniyet kurallarına aykırı eylemler olarak değerlendirileceğini hükme bağlamıştır:

1) Başkalarını veya bunların mallarını, iş mahsullerini, faaliyetlerini yahut ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötülemek;

2) Başkasının ahlakı veya mali iktidarı hakkında gerçeğe aykırı beyanlarda bulunmak;

3) Kendi şahsi durumu, malları, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı beyanda bulunmak ya da üçüncü şahıslar hakkında aynı şekilde hareket etmek suretiyle rakiplerine nazaran onları üstün duruma getirmek;

4) Herhangi bir ödül veya sertifika vs. sahibi olduğu yönünde gerçeğe aykırı beyanda bulunarak veya hareket ederek, istisnai bir özelliği olduğu

izlenimini yaratmaya çalışmak veya bu amaçla gerçek dışı unvan yahut mesleki adlar kullanmak;

5) Başkasının malları, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak (özellikle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmiyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak);

6) Üçüncü şahısların çalışanlarına, vekillerine veya diğer yardımcılarına, vazifelerini ihlale sevk etmek suretiyle kendisine veya başkasına menfaatler sağlamak amacıyla birtakım menfaatler temin veya vadetmek;

7) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri aldatarak, istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa ettirmek veya ele geçirmek;

8) İyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak;

9) Herhangi bir konuda yetkinlik veya iyi hale ilişkin iyiniyetli kişileri aldatıcı bilgi ve belgeler ibraz etmek; ve

10) Rakiplere de uygulanabilen kanun, sözleşme veya mesleki/mahalli adetlerle tayin edilen iş hayatı şartlarına riayet etmemek.

TTK, yukarıda belirtilen ya da benzer şekillerde haksız rekabete uğrayan şirketlere veya müşterilere dava hakkı tanımaktadır. İlgili şirket/müşteri, iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde haksız rekabet avantajı sağlayan rakibi aleyhine açacağı dava kapsamında;

- fiilin haksız olup olmadığının tespitini;
- haksız rekabetin men'ini (haksız rekabet konusu malları davalıdan edinen kişilere de uygulanacak şekilde);

- haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini (haksız rekabet konusu malları davalıdan edinen kişilere de uygulanacak şekilde);

- kusur varsa zarar ve ziyanın tazminini ve kişilik haklarına saldırı da bulunan hallerde manevi tazminat verilmesini;

talep etme imkanına sahip olacaktır. Bu hukuk davasına ek olarak, haksız rekabet eden rakip aleyhine ceza davası da açılacaktır. Ancak bu dava re'sen açılmayacak olup, davanın açılması şikayete tabi olacaktır. Bu ceza davasında haksız rekabet eden kişi veya şirketin ilgili yetkilisi aleyhine uygulanabilecek cezalar aşağıdaki tablo kapsamında belirtilmektedir:

Suçun Türü	Ceza
Yukarıda yer alan suçlardan 1, 2, 4, 5, 6, 8 ve 9. Sıradaki suçları kasten işleme	1 ay-1 yıl arası hapis veya 500-10,000 TL arası adli para cezası
Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için şahsi durumu, malları, iş mahsulleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı malumat verme	1 ay-1 yıl arası hapis veya 500-10,000 TL arası adli para cezası
Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, istihdam edenin veya müvekkillerinin imalat veya ticaret sırlarını ifşa etmeleri veya ele geçirmeleri için aldatma	1 ay-1 yıl arası hapis veya 500-10,000 TL arası adli para cezası
İstihdam edenler veya müvekkillerden, işçilerinin, çalışanlarını veya vekillerinin işlerini gördükleri sırada cezayı gerektirecek bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip, bu fiili yasaklamama ya da ilgili gerçeğe aykırı beyanı düzeltmeme	1 ay-1 yıl arası hapis veya 500-10,000 TL arası adli para cezası
Haksız rekabetin men'i hakkındaki kesinleşmiş karara rağmen haksız rekabet fiiline aynen veya tali değişikliklerle devam etme (re'sen takip olunur)	Asgari 6 ay hapis ve 5,000-10,000 TL arası adli para cezası

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda ("Yeni TTK") ise, rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatici veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranış ve ticari uygulamaların hukuka aykırı olduğu düzenlenmiştir. Yeni TTK'nın 55. Maddesi, ne tür davranış ve uygulamaların haksız rekabet teşkil edeceği ile ilgili olarak aşağıdaki düzenlemeyi içermektedir:

"...*(1) Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır:*

a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;

1. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötölemek,

2. Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,

3. Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak,

4. Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak,

5. Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötileyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek,

6. Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok ke-re tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiple-rinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uy-gulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine

olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,

7. Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak,

8. Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,

9. Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak,

10. Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek,

11. Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmamak,

12. İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi, müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak.

b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle;

1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek,

2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,

3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş surlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek,

4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek.

c) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle;

1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürünü-
nünden yetkisiz yararlanmak,

2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden,
bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun
bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak,

3. Kendisinin uygun bir katkısı olmaksızın başkasına ait pazarlan-
maya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp on-
lardan yararlanmak.

d) Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle,
gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekil-
de öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkala-
rına bildiren dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

e) İş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiple-
re de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş
şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur.

f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıl-
tıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden
önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar da-
ğılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dü-
rüstlüğe aykırı davranmış olur...”

Görüldüğü üzere, Yeni TTK, TTK kapsamında haksız rekabet olarak
sayılan eylemlerin tamamını kapsamakta ve bu eylemlere yenilerini ekle-
mektedir. Yeni TTK kapsamında rakipler tarafından açılacak dava kapsa-
mında ileri sürülebilecek talepler de mevcut TTK ile aynıdır. Ancak, hak-
ları zarar gören müşteri tarafından da açılacak olan bu davada haksız reka-
betin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasının talep edile-
meyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Mevcut TTK’da yer alan taleplere
ek olarak, Yeni TTK kapsamında ithalat veya ihracat sırasında hak sahibi-
nin talebi üzerine, gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el
konulmasına da imkan tanınmıştır. Konuyla ilgili olarak Yeni TTK kap-
samında düzenlenen cezai müeyyideler ise aşağıdaki gibidir:

Suçun Türü	Ceza
Yukarıda yer alan haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleme	2 yıla kadar hapis veya adli para cezası
Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinkine tercih edilmesi için kişisel durumu ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verme	2 yıla kadar hapis veya adli para cezası
Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatma	2 yıla kadar hapis veya adli para cezası
Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlememe veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeme	2 yıla kadar hapis veya adli para cezası

Görüleceği üzere, bilgi teknolojilerinin hukuka aykırı bir şekilde kullanımı ve/veya satışa sunulması, mevcut TTK'da sayılı haksız rekabet eylemlerinden “Başkasının malları, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle itibaslar meydana getirmeye çalışmak (özellikle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla itibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut itibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak)” ve Yeni TTK'da sayılı eylemlerden “Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak” eylemleri çerçevesinde haksız rekabet teşkil etmektedir. Bu nedenle, örneğin korsan yazılım ya da sahte donanım kullanan veya korsan yazılım ya da sahte donanım üreterek piyasaya sunan

şirketler aleyhinde hem mevcut TTK hem de Yeni TTK kapsamında işlem yapılması söz konusu olabilecektir. Bu şirketler tarafından maddi/manevi tazminat ödeme riski ile karşılaşılmasının yanı sıra, söz konusu şirketlerin yetkililerinin cezai yaptırımlara tabi olması da söz konusu olabilecektir.

Yeni TTK için Hüküm Önerisi

Yürürlükteki ve yeni TTK'da yer alan haksız rekabet teşkil eden eylemlere ilişkin bu sayım tahdidi olmayıp, örnek kabilindedir. Bu nedenle özellikle yeni TTK'ya aşağıdaki şekilde bir hüküm ilave edilmesi BT sektörünün gelişmesi açısından önem taşımaktadır:

Madde 55/f.1, b. (a), (13)

Korsan yazılım ya da sahte donanım kullanmak veya korsan yazılım ya da sahte donanım üreterek piyasaya sunmak veya korsan yazılım veya donanım kullanarak geliştirdiği bir bilişim ürününü piyasaya sunmak,

2. Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) Açısından Değerlendirme

Ülkemizde markaların korunmasına ilişkin esasları ortaya koymak amacıyla 24.06.1995 tarih ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ("556 sayılı KHK") yayımlanmıştır. Türk Patent Enstitüsü nezdinde tescil edilen tüm markalar, 556 sayılı KHK çerçevesinde korumaya tabid olup; bu korumanın kapsamı aşağıdaki şekilde belirlenmiştir:

- Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılmasının engellenmesi,

- Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından (işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil) karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılmasının engellenmesi, ve

- Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek

veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılmasının engellenmesi.

Yukarıdaki hususlara ek olarak 556 sayılı KHK'da, marka hakkı sahibinin yasaklayabileceği eylemlere de yer verilmiştir. Buna göre, marka sahibi;

- İlgili işaretin mal veya ambalaj üzerine konulmasını,
- İlgili işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesini, bu amaçla stoklanmasını, teslim edilmek üzere teklif edilmesini veya ilgili işaret altında hizmetlerin sunulmasını,
- İlgili işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesini, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulmasını,
- İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılmasını, ve
- İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılmasını, engelleyebilecektir.

Tescilin marka sahibine tanıdığı hakların kapsamını belirleyen yukarıdaki 9. maddeye ek olarak, 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde "marka hakkına tecavüz" olarak nitelendirilen fiiller listelenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, marka sahibinin verdiği özel bir izne dayanmaksızın;

- Marka sahibi adına tescilli bir markayı 9. maddede belirtilen biçimlerde kullanan,
- Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit eden,
- Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde ilgili ürünleri satan, dağıtan veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkararak, bu amaçla gümrük bölgesine yerleştiren, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutan veya ticari amaçla elde bulunduran, ve
- Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları genişleten veya üçüncü kişilere devreden,

kişiler, marka sahibinin 556 sayılı KHK'dan kaynaklanan haklarını ihlal etmiş addedilmektedir. Kendisine 556 sayılı KHK kapsamında tanıyan hakların ihlali halinde ise marka sahibine, ikametgah yeri mahkemesi,

tecavüzün gerçekleştiği yer veya tecavüzün etkilerinin görüldüğü yer mahkemesine başvurarak birtakım taleplerde bulunma imkanı getirilmiştir. Bu çerçevede marka sahibi, aşağıdaki taleplerden birini ileri sürme hakkına sahip olacaktır:

- Tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması,
- Tecavüzün giderilmesi ile maddi ve manevi zararlarının tazmini,
- İlgili eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulması,

- El konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması (söz konusu ürünlerin değeri tazminat miktarından düşülür veya tazminatı aşan değerler ise karşı tarafa ödenir),

- Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası,

- Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulması.

Yukarıdaki talepler arasında en sık ileri sürülen taleplerden biri, maddi zararların tazmini talebidir. 556 sayılı Kanun kapsamında da açıkça belirtildiği üzere bu talep marka sahibinin fiili kaybı ile sınırlı olmayıp, yoksun kaldığı kazancı da içermektedir. Buna göre marka hakkı sahibinin fiili kaybına ek olarak, (i) tecavüz edenin rekabeti olmasaydı kazanacağı muhtemel tutar, (ii) marka hakkına tecavüz eden tarafın bu yolla elde ettiği kazanç, veya (iii) marka hakkına tecavüz edenin bir lisans sözleşmesi olsaydı ödeyeceği toplam bedel üzerinden hesaplanacak ek bir tazminata hükmedilmesi mümkündür. Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında anılan yöntemlerden hangisinin kullanılacağına ise, marka sahibinin talebi doğrultusunda belirlenmesi öngörülmüştür.

Bazı hallerde mahkeme nezdinde karar alınmasına kadar geçen sürede marka sahibi aleyhine geri dönülemez zararların meydana gelebileceği göz önünde tutularak, marka sahibinin haklarını koruyucu nitelikte ihtiyati tedbir kararları alınmasına imkan tanınmıştır. Buna göre, marka hakkı ihlaliyle ilişkin olarak dava yoluna başvuran marka sahipleri, ihlalde bulunan markanın Türkiye'de halihazırda kullanılmakta olduğunu veya kullanılmasa amacıyla ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat ederek, ihtiyati tedbire karar verilmesini talep edebilecektir. 556 sayılı KHK'nın 77. maddesine

göre alınacak ihtiyati tedbir kararının hükmün etkinliğini sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir. Bu çerçevede, ihtiyati tedbir kararlar özellikle şu tedbirlerden birini kapsayacak şekilde verilmektedir:

- Davacının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması,

- Marka hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen şeylere Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi olanlar dahil, buldukları her yerde el konulması ve bunların saklanması,

- Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi.

Mahkemeler tarafından alınan ihtiyati tedbir kararlarına ek olarak, sahte mallara gümrüklerde el konulması yönünde de ihtiyati tedbir niteliğinde bir uygulama mevcuttur. 556 sayılı KHK, ithalat veya ihracat ayırımına gitmeksizin, gümrükteki tüm sahte olduğu mallara hak sahibinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından el konulabileceğini düzenlemiştir. Marka sahibinin talebi doğrultusunda söz konusu el koyma işlemi gerçekleştirip gerçekleştirilmeme gümrük idarelerinin inisiyatifinde olup; bu şekilde gerçekleştirilen el koyma, el koyma kararının tebliğinden itibaren on gün içinde konuya ilişkin dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa ortadan kalkmaktadır.

556 sayılı KHK'da kapsamında, yukarıdaki tedbir ve yaptırımlara taleplere ek olarak, marka hakkına tecavüz eden kişiler aleyhinde suç duyurusunda bulunulmasına da imkan tanınmıştır. 62. madde, marka hakkına tecavüz ile ilgili olarak aşağıdaki cezaları öngörmüştür. Ancak bu cezalar, ilgili malı satışı arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi, bu sayede malı üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması halinde uygulanmayacaktır.

Suçun Türü	Ceza
Başkasına ait marka hakkına iltibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üretme, satışı arz etme, satma	1-3 yıl arası hapis ve 20,000 güne kadar adli para cezası
Eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisiz olarak	1-3 yıl arası hapis ve 5,000 güne kadar adli para cezası

kaldırma	
Başkasına ait marka hakkı üzerinde yetkisiz olarak tasarrufta bulunma (satma, devretme, kiralama veya rehnetme)	2-4 yıl arası hapis ve 5,000 güne kadar adli para cezası

Görüldüğü üzere, 556 sayılı KHK, markalarını Türk Patent Enstitüsü nezdinde tescil ettiren marka sahiplerine oldukça kapsamlı bir koruma sağlamaktadır. Bilgi teknolojilerinin hukuka aykırı kullanımını konusundaki en önemli alt başlıklar olan sahte yazılım ve donanımlar da, yukarıda izah edilen 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun yanı sıra 556 sayılı KHK'ya da aykırılık teşkil etmektedir.

Sahte yazılım ve donanımlar öncelikle 556 sayılı KHK'nın marka hakkı sahiplerine verdiği en temel hak olan tescilli marka ile aynı veya karıştırma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılmasını engellemesi hakkına aykırılık teşkil etmektedir. Buna ek olarak, markanın taklit edilmesi ve/veya taklit edilmiş bir markanın kullanıldığının bilinmesine rağmen ilgili ürünün satışa arz edilmesi de 556 sayılı KHK kapsamında açıkça "marka hakkına tecavüz" olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda marka hakkı sahibi, markasının haksız kullanımı ile ilgili olarak yukarıda belirtilen doğrultuda (ilgili ürünlere gümrüklerde el konulması da dahil olmak üzere) ihtiyati tedbir talebinde bulunma ve dava açma hakkına sahip olacaktır. Ayrıca, marka sahibi, marka hakkının iktibas veya iltibas yaratmak suretiyle ihlal edildiğini ileri sürerek suç duyurusunda bulunabilecektir. Bu halde ise ilgili sahte yazılım veya donanımı satışa arz eden kişi ve kişiler aleyhinde yukarıda belirtilen 1 yıldan 3 yıla kadar hapis ve 20,000 güne kadar adli para cezası uygulanması söz konusu olabilecektir.

3. Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun Açısından Değerlendirme

22.04.2004 tarihli ve 5147 sayılı Entegre Devre Topografyalarının Korunması Hakkında Kanun ("5147 sayılı Kanun"), tasarlayıcısının kendi fikrî çabası sonucu ortaya çıkmış olması nedeniyle "orijinal" olarak nitelendirilebilecek entegre devre topoğrafyalarının (örneğin çipler), Türk Patent Enstitüsü'nden temin edilecek bir tescil belgesi kapsamında korunacağını düzenlemektedir. 5147 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı bölümün-

de “entegre devre” ve “entegre devre topoğrafyası” ifadeleri ile ilgili olarak aşağıdaki tanımlara yer verilmiştir:

“... *Entegre devre: Elektronik bir işlevi veya bunun gibi diğer işlevleri yerine getirmek üzere tasarlanmış, en az bir aktif elemanı olan ve ara bağlantılarından bir kısmının ya da tümünün bir parça malzeme içerisinde ve/veya üzerinde bir araya getirilmiş ara veya son formdaki bir ürün ...*

Entegre devre topoğrafyası: Entegre devreyi oluşturan tabakaların üç boyutlu dizilimini gösteren, üretim amacıyla hazırlanmış ve herhangi bir formatta sabitlenmiş görüntüler dizisi olup, her görüntü entegre devrenin üretiminin herhangi bir aşamasındaki yüzeyinin tamamının veya bir kısmının görünümü...”

5147 sayılı Kanun, entegre devre topoğrafyası hak sahibinin, belli fiilleri engelleme konusunda yetkili bulunduğunu düzenlenmektedir. Buna göre;

- Orijinal olmayan parçaları dışında entegre devre topoğrafyasının kısmen veya tamamen başka bir entegre devre içine alınması ya da başka şekillerde çoğaltılması, veya

- Korunan entegre devre topoğrafyasının, bu entegre devre topoğrafyasını veya bunun yasal olmayan kopyasını içeren bir ürünün ithali, satışı veya ticarî amaçlı dağıtılması,

hallerinde entegre devre topoğrafyası hak sahibi mahkemeye başvurabilecektir. Bu çerçevede açılan davalarda davacının yerleşim yeri mahkemesi, suçun işlendiği veya fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkeme yetkili olacaktır. 4157 sayılı Kanun’un 26. Maddesi uyarınca, ihlalin giderilmesi amacıyla mahkemeye vuran hak sahibi, mahkemeden aşağıdaki taleplerde bulunabilme hakkına sahip olacaktır:

- Tecavüz fiilini ispatlayacak delillerin tespiti,
- Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti,
- Tecavüzün giderilmesi ve hak sahibinin maddi ve/veya manevi zararının tazmini,

- Entegre devre topoğrafyasından doğan haklara tecavüz suretiyle üretilen veya ithal edilen ürünlere ve bunların üretiminde doğrudan doğruya kullanılan araçlara el konulması, mümkün olduğu takdirde bu ürün ve araçlar üzerindeki mülkiyet hakkının kendisine devri (söz konusu ürün ve

araçların değeri tazminat miktarından düşülür veya tazminatı aşan değerler ise karşı tarafa ödenir),

- Karşı taraf aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya ilân yoluyla duyurulması,

- Hakka tecavüzün durdurulması ve devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, el konulan ürünlerin şekillerinin değiştirilmesi veya entegre devre topoğrafyasından doğan haklara tecavüzün başka şekilde önlenmesi kaçınılmaz ise imhası,

Marka hakkı sahibinin yukarıda izah edilen 556 sayılı KHK kapsamındaki haklarına benzer şekilde, entegre devre topoğrafyası hak sahibi de haklarının ihlali neticesinde uğradığı zarara ek olarak yoksun kaldığı kazancı da talep etme hakkına sahip olacaktır. 4157 sayılı Kanun'da da, 556 sayılı KHK ile aynı doğrultuda, hak sahibine fiili kaybına ek olarak, (i) tecavüz edenin rekabeti olmasaydı kazanacağı muhtemel tutar, (ii) tecavüz eden tarafın bu yolla elde ettiği kazanç, veya (iii) tecavüz edenin bir lisans sözleşmesi olsaydı ödeyeceği toplam bedel üzerinden hesaplanacak ek bir tazminata hükmedilmesi mümkündür. Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında anılan yöntemlerden hangisinin kullanılacağına ise, yine hak sahibinin talebi doğrultusunda belirlenmesi öngörülmüştür.

Yine 556 sayılı KHK'ya benzer şekilde, 4157 sayılı Kanun kapsamında da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ihtiyati tedbir kararı verilebilmesine imkan tanınmıştır. Buna göre, hükmün etkinliğini sağlayacak nitelikte olması kaydıyla ve aşağıdaki hususları kapsayacak şekilde ihtiyati tedbir kararı alınması mümkündür:

- Davacının entegre devre topoğrafyasından doğan hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması,

- Entegre devre topoğrafyasından doğan hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen şeylere Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi olanlar dahil, buldukları her yerde el konulması ve bunların saklanması,

- Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi.

Anılan ihtiyati tedbir kararlarına ek olarak taklit niteliğindeki entegre devrelere gümrüklerde el konulmasına da imkan tanınmıştır. 556 sayılı Kanun'a benzer şekilde, gümrük idarelerinden el koyma kararı alınmasını müteakip mahkemeye başvurulması zorunlu olup; bu kararın tebliğinden

itibaren on iş günü içinde dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa gümrük idaresinin el koyma kararı ortadan kalkar.

4157 sayılı Kanun'un entegre devre topoğrafyasından doğan hakların ihlallerine ilişkin olarak öngördüğü cezalar ise aşağıdaki tablo kapsamında belirtilmektedir. Anılan suçlar şikayete bağlı suçlar olup; bu suçların kovuşturulması ilgili tarafça yapılacak şikayete tabidir.

Suçun Türü	Ceza
Korunan bir entegre devre topoğrafyasının, bunu içeren entegre devrenin ya da ürünün veya ambalajının üzerine konulmuş entegre devre topoğrafyası koruması olduğunu belirten işareti yetkisiz olarak ka'dırma	1-2 yıl arası hapis ve 500-1,000 güne kadar adli para cezası
Kendini haksız bir şekilde entegre devre topoğrafyası hakkı sahibi olarak gösterme	1-2 yıl arası hapis ve 500-1,000 güne kadar adli para cezası
Korunan bir entegre devre topoğrafyası hakkı bulunmamakla birlikte, kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya, ambalajlarına, ticari evrakına veya ilanlarına, hukuken korunan bir entegre devre topoğrafyası koruma hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyma, bu amaçla yazılı ve görsel basındaki ilan ve reklamlarda bu tarz yazı, işaret veya ifadeler kullanma	2-3 yıl arası hapis ve 500-2,000 güne kadar adli para cezası
Yetkisiz bir şekilde koruma altındaki entegre devre topoğrafyasını kısmen veya tamamen bir entegre devre içine alma ya da başka şekil-	2-4 yıl arası hapis ve 500-2,000 güne kadar adli para cezası

lerde çoğaltma	
Korunan bir entegre devre topoğrafyasını, bunu içeren bir entegre devreyi ya da yasal olmayan bir biçimde çoğaltılmış entegre devre topoğrafyasını içeren ürünü ithal etme, satma veya ticari amaçla dağıtma	2-4 yıl arası hapis ve 500-2,000 güne kadar adli para cezası

Yukarıda da belirtildiği üzere, entegre devre ifadesinden anlaşılması gereken bilgisayarlar ile diğer birtakım teknoloji ürünlerinde bulunan çiplerdir. Bu çerçevede, örneğin üretilen sahte donanımın bir parçası olarak kullanıcılara sunulan çip, 4157 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen hakların ihlali niteliğini taşıyabilecektir. Belli bir kişi ya da marka tarafından üretilerek, orijinalliği sebebiyle Türk Patent Enstitüsü nezdinde tescil edilerek korumaya tabi olan bir çip, kopyalanarak sahte bilgisayar donanımı üreten üretici tarafından meydana getirilen bir bilgisayarın içerisinde kullanıldığı takdirde; bu üretici aleyhine 4157 sayılı Kanun kapsamında da yargı yoluna gidilmesi söz konusu olabilecektir.

4. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından Değerlendirme

Bilindiği üzere, bilgisayar programları/yazılımlar, gerek AB düzenlemeleri ile ve gerekse uluslar arası sözleşmelerle “fikir ve sanat eseri” olarak korunmaktadır. Ülkemizde, “eser sahibinin hakları ve bağlantılı haklar” alanında temel düzenleme 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)’dur.

FSEK, bilgisayar programlarını “eser” olarak kabul ederek, koruma altına almış bulunmaktadır.

Kanunumuzda, “korsan” tanımı olmamakla beraber; bir yazılımın, asıl veya kopyalarının, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltması fiilleri, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında ayrıntılı olarak hukuki ve cezai müeyyidelere bağlanmış bulunmaktadır.

“Korsan” kavramında ana konu eser sahibinin haklarını ihlal olduğundan; FSEK’da yer alan, eser sahibine tanınan haklara kısaca değinmek-

te fayda görülmektedir. FSEK, eser sahibinin haklarını iki ana kategoriye ayırmıştır; “mali haklar” ve “manevi haklar”

Manevi haklar:

- Eseri kamuya sunma hakkı,
- Eser sahibi olarak tanıtılma hakkı (adın belirtilmesi yetkisi),
- Eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı,
- Eserin aslına ulaşma hakkı.

Mali haklar:

- İşleme hakkı,
- Çoğaltma hakkı,
- Yayma hakkı,
- Temsil hakkı,
- Yayın ve umuma iletim hakkı,
- Pay ve takip hakkı.

olarak, yasamızda ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

“Yazılım korsanlığı” yukarıda belirtildiği gibi temel olarak hak sahibinin rızası hilafına yazılımın kopyalarının oluşturulması eylemini içermektedir. Eylem yalnızca bu haliyle çoğaltma hakkının ihlalini oluşturmaktadır. Çoğaltılan “korsan nüshanın” kullanımına bağlı olarak, fiilin birden fazla mali hak kategorisini ihlal ettiği de (örn. yayma hakkının ihlali) uygulamada görülmektedir.

FSEK kapsamında yazılım korsanlığına karşı tedbirler ve müeyyideler, hukuki ve cezai boyutuyla düzenlenmiştir.

FSEK madde 68’de mali haklara tecavüz edilmesi halinde talep edilebilecek tazminat düzenlenmektedir. Bu hükme göre; eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden FSEK’e uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya hertürlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya FSEK hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir. Bedel talebinde bulunan kişi, tecavüz edene karşı onunla bir sözleşme yapmış olması halinde haiz olabileceği bütün hak ve yetkileri ileri sürebilir.

Madde 71’de ise mali ve manevi hakların ihlali halinde oluşan suçlar tanımlanmış ve öngörülen cezalar düzenlenmiştir. Buna göre, FSEK kap-

samında koruma altına alınan fikir ve sanat eserleriyle ilgili manevi, mali veya bağlantılı hakları ihlal ederek bir eseri, icrayı, fonogramı veya yapımı hak sahibi kişilerin yazılı izni olmaksızın işleyen, temsil eden, çoğaltan, değiştiren, dağıtan, her türlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma ileten, yayımlayan ya da hukuka aykırı olarak işlenen veya çoğaltılan eserleri satışa arz eden, satan, kiralamak veya ödünç vermek suretiyle ya da sair şekilde yayan, ticari amaçla satın alan, ithal veya ihraç eden, kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran ya da depolayan kişi hakkında bir yıldan beş yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükümlenir.

Bilgisayar programları ile ilgili özellik arzeden bir düzenleme ise 72. maddede yer almaktadır. Hukuka aykırı çoğaltmanın önüne geçmek için oluşturulan programları etkisiz kılmaya yönelik donanımlarla ilgili eylemler de suç olarak tanımlanmış ve bu eylemler için altı aydan iki yıla kadar hapis cezası getirilmiştir.

V. Sonuç

Fikri mülkiyet haklarını haksız rekabet yasası çerçevesinde ele alan Washington eyaleti yasası UCA'nın temelinde; üretim süreçlerinde bilgi teknolojilerini hukuka aykırı şekilde kullanan üreticilerin, hukuka uygun bilgi teknolojileri kullanmak adına önemli yatırımlar yapan rakip mal üreticilerine göre maliyetlerini düşürerek haksız bir avantaj elde ettiği düşüncesi yatmaktadır. Bu doğrultuda Kanun'un amacı, söz konusu haksız avantajı ve sonucunda ortaya çıkan haksız rekabeti engelleyerek sektördeki dengeyi korumaktır. Uygulamada UCA;

- Öngördüğü tazminat mekanizması ile hak sahibi olan şirketlerin (yazılımın veya donanımın üreticisi veya hak sahibi) haklarını gözetmeyi,
- Hukuka aykırı bilgi teknolojileri kullanımı sebebiyle maliyet avantajını ortadan kaldırarak faaliyetlerini hukuka uygun bir şekilde gerçekleştiren sektör oyuncularını korumayı; ve
- Tüketicilerin bu tür haksız rekabetten zarar görmesini engellemeyi amaçlamaktadır.

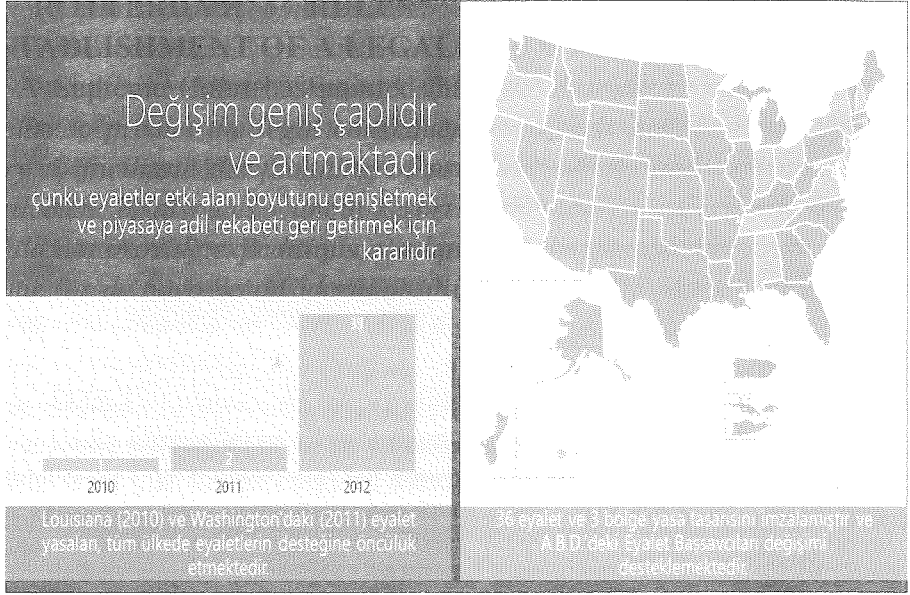
UCA'nın uygulamasını arttırmayı teşvik eden ve yukarıda detaylı bir şekilde izah edilmiş bulunan Ulusal Savcılar Birliği yazısı ve Ticari Kolluk Departmanı'nın kuruluşu, hukuka aykırı bilgi teknolojileri kullanımından kaynaklanan haksız rekabet ile mücadeleye ilişkin çalışmaların hızlandırıldığı-

nı göstermektedir. Bu çerçevede, UCA gibi yasaların diğer eyaletler tarafından kabulü ve zaman içerisinde federal bir yasa haline gelmesi kaçınılmaz görünmektedir. Bu sebeple, özellikle ürünlerini Amerika Birleşik Devletleri'ne ihraç eden üreticilerin işlemlerinin bahsi geçen mevzuatta yer alan düzenlemelere uygunluğunu temin etmesi büyük önem arz etmektedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere UCA, şirket merkezinin nerede olduğuna bakılmaksızın ürünlerini Washington Eyaleti sınırları içerisinde satan tüm üreticilere uygulanmaktadır. Bu sebeple, ticari faaliyetlerini yerin getirirken hukuka aykırı bilgi teknolojileri kullanan (lisansız yazılım kullanılması, lisans koşullarına aykırı yazılım kullanılması, sahte donanım kullanımı gibi) Türk üreticiler aleyhine de Washington eyaletinde satılan ürünleri nedeniyle UCA kapsamında işlem yapılması mümkündür. Bu kapsamda, hukuka aykırı bilgi teknolojileri kullanımı mahkeme kararı ile de hüküm altına alınan Türk üreticiler, hak sahiplerine tazminat ödemek zorunda kalabileceği gibi, ürünlerine el konulması ve/veya mallarını bir daha Washington eyaletinde satışa sunamaması gibi risklerle karşı karşıya kalabilecektir.

UCA kapsamında öngörülen yaptırımlarla karşılaşmamak için üreticiler öncelikle şirket içerisinde düzenli bir denetim mekanizması oluşturarak şirketin her türlü operasyonunda hukuka uygun bilgi teknolojileri kullanılmasını (lisanslı yazılım kullanılması, lisans koşullarına uygun yazılım kullanılması, orijinal donanım kullanımı gibi) temin etmelidir. Bu üreticiler ürünlerin tüm parçalarını bizzat üretmediği takdirde ise, tedarikçilerle yapılacak anlaşmalarda tedarikçilerin hukuka uygun bilgi teknolojileri kullanmaları zorunlu kılınmalı, tedarikçilerden bu yönde taahhütler alınmalıdır. Bu taahhütlerin yazılım ve donanımların Türkiye'deki resmi temsilcilerinin yaptığı değerlendirmelere dayanıyor olması çok değerli olacaktır. Bu nedenle gerek üreticinin kendi şirketinde gerekse de tedarikçilerinde hukuka uygun bilgi teknolojileri kullanıldığını tevsik eden değerlendirmelerin, değerlendirmeye konu olan yazılım ve donanımların Türkiye'deki resmi temsilcilerinin beyanlarına dayanması uyumsuzlukları önleyecek, bu konuda risk oluşmasının önüne geçecektir.

Son olarak UCA'in Amerika Birleşik Devletleri'nde eyaletler bazında giderek artan bir oranda benimsendiğini ve federal yasa olma yolunda hızla ilerlediğini vurgulamak gerekir.



KAYNAKÇA

An Unconvenient Reality, The unaccounted consequences of non-genuine software usage, KPMG, 2009.

BSA-IDC 2008 Global Software Piracy Study, May 2009.

INTELLECTUAL PROPERTY "Observations on Efforts to Quantify the Economic Effects of Counterfeit and Pirated Goods", GAO.

Indian IT/ITES Industry: Impacting Economy and Society 2007-2008, NASSCOM & Deloitte Study.

Keser Berber, Leyla/Akyazılı, Erdem; Trustmark (Güven Duyulan Marka), Ankara 2008.

OECD, The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy, 2008

OECD, Magnitude of Counterfeiting and Piracy of tangible products: An Update, November 2009

Shadow Market, 2011 BSA Global Software Piracy Study, 9th Edition, May 2012,

http://globalstudy.bsa.org/2011/downloads/study_pdf/2011_BSA_Piracy_Study-Standard.pdf.

Software Piracy on the Internet: A Threat to your Security, October 2009

The Impact of Piracy on the Most Affected European Creative Industries

Varanini, Emilio; The Use of Unfair Competition Laws to Address Intellectual Property Practices That Injure Market Competition, http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/antitrust_law/20130626_at13626_materials.authcheckdam.pdf.

ROTTERDAM RULES: IS A SOLUTION TO THE UNIFORMITY PROBLEM IN INTERNATIONAL MARITIME CARGO TRANSPORTATION?

(ROTTERDAM KURALLARI: DENİZYOLU İLE ULUSLARARASI YÜK TAŞIMACILIĞINDAKİ YEKNESAKLIK SORUNUNUN ÇÖZÜMÜ OLABİLİR Mİ?)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Nil KULA DEĞİRMENCI*

ÖZET

Hızla küreselleşen ticari hayatta taşımanın ve özellikle denizyolu ile uluslararası yük taşımacılığının önemli bir yeri bulunmaktadır. Denizyolu ile uluslararası yük taşımacılığının bu yükselen önemi bu taşımada yer alan tarafların haklarının, yetkilerinin ve sorumluluklarının düzenlenmesi gereğini doğurmuştur. Lahey, Lahey-Visby ve Hamburg Kuralları denizyolu ile yük taşımacılığını düzenleyen uluslararası sözleşmelerdir. Ancak bu sözleşmeler arasındaki farklılıklar, sözleşmelere geniş katılımın sağlanamaması ve sözleşmelerin kabulü aşamasında devletlerin ulusal mevzuatları aracılığı ile gerçekleştirilen değişiklikler bu alanda yeknesak olmayan bir düzen ortaya çıkarmaktadır. Rotterdam kuralları bu alanda yeknesaklığı sağlamak amacıyla kabul edilmiş olsa da, yenilikçi tarafları olan bu kurallar bazı yönleriyle ise eleştirilmektedir. Bu nedenle çalışmada denizyolu ile uluslararası yük taşımacılığında yeknesaklık sorununu etkileyen bu boyutlar incelenmiş ve Rotterdam Kuralları'nın yenilikçi yönleri tespit edilmiştir. Bu şekilde Rotterdam Kuralları'nın denizyolu ile uluslararası yük taşımacılığına ilişkin hukuken yeknesak bir düzen kurmak konusundaki yeterliliğini sorgulamak amaçlanmıştır.

* Dokuz Eylül University, Maritime Faculty, Department of Logistics Management until January 2013, e-mail: nil.degirmenci@deu.edu.tr

Anahtar Kelimeler: Yeknesaklık, Lahey Kuralları, Lahey-Visby Kuralları, Hamburg Kuralları, Rotterdam Kuralları.

ABSTRACT

The place of transportation and especially maritime cargo transportation has a great importance in the rapidly globalizing commercial life. The rising importance of the maritime cargo transportation entailed the regulation of the rights, authorities and responsibilities of the parties that take place in that mode of transportation. Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules denote the international conventions that regulate international maritime cargo transportation. However the discrepancies in between these conventions, fail of the broad attendance of states and the modifications on the conventions through domestic legislations in their acceptance process cause a non-uniform legal regime in this area. Rotterdam Rules have been accepted in order to ensure that uniformity, however besides the rules' innovative sides; they have been criticized in several ways. Therefore in the study the dimensions that affect the uniformity problem in international maritime cargo transportation have been examined and the innovative sides of the Rotterdam Rules have been determined. Thus it is aimed to discover whether the Rotterdam Rules are sufficient to establish a legally uniform regime in maritime cargo transportation.

Keywords: Uniformity, Hague Rules, Hague-Visby Rules, Hamburg Rules, Rotterdam Rules.

INTRODUCTION

Recent research published in English has proven that Roman law is still one of the leading sources of maritime law¹. Following the revival of Roman law in Europe as of the fifteenth century, the particular provisions on maritime law as included in the *Corpus Iuris Civilis* have made their way

¹ K. Atamer, 'Sources of Roman Maritime Law in the Digest' (2010a) 26 (4) *Batider* 63–132.

into European maritime codifications². The first norm that has regulated maritime cargo transportation specially was a domestic one and this norm has been accepted in 1681 under the name of *Ordonnance Sur La Marine* in France. The articles of the *Ordonnance* have affected the 1807 dated French Commercial Code³.

Dense codification studies in European countries have reflected USA's legislation, whereas maritime transportation had a huge importance in the colonization performances of USA and these performances had raised the requirement of maritime cargo transportation legislation. In order to meet that requirement, USA has accepted Fire Statute in 1851 and Interstate Commerce Act in 1887. Besides these domestic norms, the general dissatisfaction of the cargo interests with the state of the law, with its short limitation periods and oppressive exceptive clauses, brought about the movement in the early years of the last decade of the nineteenth century resulted in the Harter Act, the famous 'compromise'⁴.

Following to the acceptance of Harter Act in USA, the states that effectuate maritime cargo transportation commenced the domestic law making process by taking that rules into consideration⁵. These rules have affected the carriage of goods being shipped to and from the USA and following this, similar legislation was introduced by other governments such as Australia who developed their Sea Carriage of Goods Act 1904, Canada who passed the Water Carriage of Goods Act 1910 and New Zealand where a series of new acts were passed⁶.

Rising importance of international trade and maritime cargo transportation has entailed the regulation of this mode of transportation, especially through international conventions. The aim in all of the international legislative efforts is to uniform the rules that regulate maritime cargo

² K. Atamer, 'Introduction' in K. Atamer and D. Damar (eds), *Transport Law in Turkey*, (Netherlands: Kluwer Law, 2013) 19.

³ R. Kender, E. Çetingil and E. Yazıcıoğlu, *Deniz Ticaret Hukuku (Temel Bilgiler)* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2012) 2.

⁴ B. W. Yancey, 'The Carriage Of Goods: Hague, Cogsa, Visby and Hamburg', (1982-1983) 57 *Tulane Law Review* 1249.

⁵ E. S. Lee, 'The Changing Liability System of Sea Carriers and Maritime Insurance: Focusing on the Enforcement of the Hamburg Rules', (2002) 15 *Transnational Law* 243.

⁶ Institute of Chartered Shipbrokers, *Legal Principles in Shipping Business*, (Glasgow: Bell&Bain Ltd, 2012).

transportation. Whereas coordinating regulation by multiple jurisdictions is regarded as one of the main problems facing modern commerce⁷ and domestic approaches on the solution of the legal disputes arising from maritime cargo transportation, give rise to different applications through the same issue. In order to ensure uniformity and coordinate regulation in international maritime cargo transportation, Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading (Brussels, 25 August 1924) (Hague Rules) and its Protocols (Hague-Visby Rules), and the United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (Hamburg, 31 March 1978) (Hamburg Rules) have been adopted.

Hague Rules, are a scheme for uniformity of bills of lading adopting the Harter Act compromise of the split risk between carriers' risks and cargo owners' risks⁸. Whereas the abuse of the carrier's stronger bargaining position during the nineteenth century, resulted in the curtailment of this freedom and the formulation of the Hague Rules⁹.

Hague-Visby Rules provide the dominant legal regime of international maritime cargo transportation today¹⁰, but some major commercial nations do not participate in this regime. USA, the nation with the single largest share of world trade, may be the most prominent example¹¹, but it

⁷ B. H. Kobayashi and L. E. Ribstein, 'The Non-Uniformity of Uniform Laws', (2010) 35(2) *The Journal of Corporation Law* 327.

⁸ F. Reynolds, 'The Hague Rules, The Hague-Visby Rules and The Hamburg Rules', (1990) 7 *MLAANZ Journal* 18.

⁹ J. F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, (London: Pearson, 2010) 174.

¹⁰ *Ibid.*, 186; B.W. Yancey (1982-1983) *op.cit.*, 1249; M. F. Sturley, 'The United Nations Commission on International Trade Law's Transport Law Project: An Interim View of a Work in Progress', (2003a) 39 *Tex. Int'l. L.J.* 67.

¹¹ Since 1936, USA has had one regime for carriage of goods by sea, the Carriage of Goods by Sea Act (COGSA), based on the Hague Rules promulgated in 1924. See; M. F. Sturley, 'General Principles of Transport Law and the Rotterdam Rules' in Meltem Deniz Güner Özbek (eds), *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (İstanbul: Springer, 2011) 63-86; M. Peters, 'Jurisdiction and Multimodal Transportation: Bringing Uniformity of Carriage of Goods by Sea to the Shores of the United States', (2008-2009) 17(3) *Michigan State Journal of International Law* 762; W. Coffey, 'Multimodalism and The American Carrier', (1989-1990) 64 *Tulane Law Review* 581. Though not intended to be a code, the COGSA is really a bill of lading act governing the relations of cargo and ship so long as a bill of lading embodies the contract of carriage. See; B.W. Yancey (1982-1983) *op.cit.*, 1244.

is not alone. Turkey has also participated in only Hague Rules in terms of international conventions that regulate maritime cargo transportation.

Hamburg Rules were the first truly comprehensive attempt to codify the allocation of risks between vessel interests and cargo interests since the Hague Rules¹². They aim to strike a fairer balance between carriers and shippers in the allocation of risks, rights and obligations with regard to liability¹³. However they are regarded as a 'disappointment' whereas they have not achieved the level of uniformity that existed immediately before World War II under Hague Rules nor displaced the Hague Visby Rules as the dominant convention for the international carriage of goods by sea¹⁴.

Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules which are in force in various states, denote the international conventions that regulate maritime cargo transportation¹⁵. However; there are discrepancies in between the related articles of these conventions especially in terms of carrier's liability, these conventions have not been broadly adhered by the states worldwide and the conventions are generally modified by the contracting states through their domestic legislations. These are the reasons of the present non-uniform legal regime in maritime cargo transportation. Thus, in turn, creates legal uncertainty with respect to the applicable regime, which is considered to have increased the transaction costs in relation to legal expenses incurred by the shipping industry¹⁶. In the study, these dimensions have been examined. As such, it is aimed to point out the uniformity problem in international maritime cargo transportation.

United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea in short 'Rotterdam Rules' was adopted by the UN General Assembly on 11 December 2008 in New York, USA and opened for signature on 23 September 2009 in Rotterdam, Neth-

¹² R. G. Bauer, 'Conflicting Liability Regimes: Hague-Visby v. Hamburg Rules-A Case by Case Analysis', (1993) 24 (1) *Journal of Maritime Law and Commerce* 53.

¹³ UNCTAD, *The Economic and Commercial Implications of Entry Into Force of The Hamburg Rules and The Multimodal Transport Convention*, TD/B/C.4/315/Rev.1 (1991)

¹⁴ M. F. Sturley (2011) *op.cit.*, 66.

¹⁵ H. M. Kindred and M. R. Brooks, *Multimodal Transport Rules* (London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997) 6.

¹⁶ T. Nikaki, 'The Carrier's Duties Under the Rotterdam Rules: Better the Devil You Know?', (2010) 35(1) *Tulane Maritime Law Journal* 2.

erlands in order to remove the main obstacle in ensuring uniformity¹⁷. Whereas the existence of not one, but rather three, soon likely to become four, international conventions covering this area of law is far from uniform¹⁸. Through the Rotterdam Rules, it is intended to provide a modern successor to existing international liability regimes in the field of maritime cargo transportation (i.e. the Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules)¹⁹.

Article 89 of the Rotterdam Rules declare that the ratification, acceptance, approval or accede of the rules by a state will supersede Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules straightly for that contracting state. As a consequence, Rotterdam Rules will be the only convention which regulates international maritime cargo transportation by superseding Hague, Hague – Visby and Hamburg Rules for the contracting state. Superseding these conventions and thus aiming to become the only one through the modernized aspects in maritime cargo transportation, is the very important qualification of Rotterdam Rules in ensuring legal uniformity. Therefore in the study, the Rotterdam Rules with its innovative sides have been examined and its position as a solution of the uniformity problem has been briefly analyzed.

A. OBSTACLES IN FRONT OF A LEGALLY UNIFORM MARITIME CARGO TRANSPORTATION REGIME

The doctrine of uniformity is a principle and is troubled by the same affliction endemic to all principles, namely that it is subject to differing interpretations according to the place and time of the interpretation, and the

¹⁷ H. Karan, Any Need for a New International Instrument on The Carriage of Goods By Sea: The Rotterdam Rules?, (2011) 42(3) Journal of Maritime Law and Commerce 441–451. In order to have a detailed information related with the the background of the UNCITRAL Transport Law project, including the CMI's preparatory work, see: M.F. Sturley (2003a) *op.cit.*, 65; D. M. Bovio, Ocean Carriers' Duty Of Care to Cargo in Port: The Rotterdam Rules of 2009, (2008–2009) 32 Fordham Int'l L.J.; F. Berlingieri, 'The History of the Rotterdam Rules' in Meltem Deniz Güner Özbek (eds), The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, (İstanbul: Springer, 2011) 1-61.

¹⁸ M. Hoeks, Multimodal Transport Law, (Netherlands: Kluwer Law, 2010) 297.

¹⁹ UNCTAD, Carrier Liability and Freedom of Contract under the UNCITRAL Draft Instrument on the Carriage of Goods [Wholly Or Partly] [By Sea], UNCTAD/SDTE/TLB/2004/2 (2004).

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

identity of the interpreter²⁰. Uniformity is so important whereas within the non-uniform framework there would be differing legal regimes. The fragmented and complex legal framework which creates uncertainty in return generates 'friction costs', 'unpredictability' and 'conflicts between applicable regimes'²¹. In maritime cargo transportation, the lack of uniformity in the international law is glaringly obvious whereas in private law conventions, national and private interests with commercial, economic and other implications are at stake, with the result that international rule-making is often fragmented²².

In 1916, Mr. Justice Mc- Reynolds, speaking for a court divided five to four in *Southern Pacific Co. v. Jensen*, declared: "*The general maritime law as accepted by the federal courts constitutes part of our national law applicable to matters within the admiralty and maritime jurisdiction. . . . No such [state] legislation is valid if it . . . works material prejudice to the characteristic features of the general maritime law or interferes with the proper harmony and uniformity of that law in its international and interstate relations*"²³. Nonetheless, USA Supreme Court noted in *The Lonawanna* over 100 years ago: "*No one doubts that every nation may adopt its own maritime code ... the convenience of the commercial world... demands that ... there should be a uniform law founded on natural reason and justice. Hence the adoption by all commercial nations... of the general maritime law as the basis and groundwork of all their maritime regulations.*"²⁴ In fact, maritime practice would be unmanageable without uniformity of law; it is the reliability of the governing law, no matter where the case may arise, that provides the basis for the advice the attorney gives the client.

²⁰ L. L. Burrell, 'Current Problems in Maritime Uniformity', (1992–1993) 5(1) U. S. F. Mar. L. J. 88.

²¹ M. Hoeks (2010) *op.cit.*, 16–19.

²² P. K. Mukherjee and B. A. Bal, 'A Legal and Economic Analysis of the Volume Contract Concept Under the Rotterdam Rules: Selected Issues in Perspective', (2009) 40 (4) *Journal of Maritime Law & Commerce* 580.

²³ The Harvard Law Review Association, 'Uniformity in the Maritime Law', (1924) 37(8) *Harvard Law Review* 1114–1118.

²⁴ R. D. Peltz, 'The Myth of Uniformity in Maritime Law', (1996–1997) 21 *Tulane Maritime Law Journal* 114.

The governing law must be predictable and uniform, no matter where the vessel or other equally fugitive principals may be found²⁵.

Uniformity problem is not only an international issue, but also the domestic one. Whereas this problem does not only arise from the different judgments given on the same issue in different states, it also arises inside the same state which has the same domestic codes. Some courts have shown little concern for precedent, and even less concern for the concept of maritime uniformity, justifying their departures from maritime law with rationalizations that defy reason²⁶. For example, in *Three Buoys Houseboat Vacations USA. Ltd. v. Mors*, the USA Eighth Circuit, applying a present navigability test, found a lake to be unnavigable, even though the same court had previously reached exactly the opposite conclusion about the very same lake. In *Alford v. Appalachian Power Co.*, 6 the USA Fourth Circuit avoided overruling its decision in *Price v. Price*, '07 issued only months before, but in order to hold that present navigability is the test, the court had to perform some unconvincing exegesis on the earlier decision, and rest the price holding on grounds that were mentioned by the deciding panel merely in passing²⁷.

The obstacles in front of a non-uniform maritime cargo transportation regime are; the discrepancies in between the related articles of present conventions that regulate maritime cargo transportation, the modifications on the conventions through domestic norms and failure on the broad attendance of the states worldwide to these conventions. These dimensions generally arise from; (i) the absence of need which especially effects more than one convention to be prepared as the needs differ and grow through years, (ii) difference in assessment of claims which differ according to the positions of a state in maritime cargo transportation, (iii) over elaboration which prevents the supply of modern period's requirements, (iv) the use of wrong instrument and behaviors of politics especially in the preparatory process of the convention, (v) failure to denounce superseded conventions, as still there are three conventions that regulate maritime cargo transporta-

²⁵ L. L. Burrell (1992-1993) *op.cit.*, 69.

²⁶ R.D. Peltz (1996-1997) *op.cit.*, 114.

²⁷ L. L. Burrell (1992-1993) *op.cit.*, 86.

tion and (vi) wrong implementation and interpretation which blazes discrepant judicial decisions through the same issue²⁸.

1. Discrepancies in between Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules in terms of Carrier's Liability

Most of today's global trade operations are carried out according to the Hague-Visby Rules, but these rules are only one part of the maritime cargo transportation regime in force²⁹. There is the older Hague Rules which is the first convention that regulate international maritime cargo transportation. Hague Rules have a very complex legal structure based on how the liability of the carrier is defined³⁰. While it can undoubtedly be stated that, due to the Hague Rules' ratification by a large number of states, their scope of application is vast, it is not less true that the text in force in the different signatory states is not necessarily the same. The reason is to be found that, despite their initial widespread acceptance they were modified by two protocols: firstly, on February 23rd, 1968, by the so-called Visby Rules and secondly on December 21st1979³¹ by the so called Hamburg Rules.

With the demise of colonialism and the emergence of independent sovereign states which were at the time referred to as the third world states, the Hamburg Rules were developed to accommodate the parties interests³². Although the Hamburg Rules finally entered into force in 1992, as of today –almost twenty years later- only 34 states have ratified the

²⁸ In order to have a detailed information related with the obstacles in front of uniformity in maritime cargo transportation, see: P.J.S. Griggs, 'Obstacles to Uniformity of Maritime Law The Nicholas J. Healy Lecture', (2003) 34(2) *Journal of Maritime Law and Commerce* 198–208.

²⁹ L. S. Pallares, 'A Brief Approach to the Rotterdam Rules: Between Hope and Disappointment', (2011) 42(3) *Journal of Maritime Law and Commerce* 457; T. Nikaki, and B. Soyer, 'A New International Regime for Carriage of Goods by Sea: Contemporary, Certain, Inclusive And Efficient, or Just Another One for the Shelves?', (2012) 30(2) *Berkeley Journal of International Law* 304.

³⁰ A.V. Ziegler, 'The Liability of the Contracting Carrier', (2009) 44 *Texas International Law Journal* 330.

³¹ L.S. Pallares (2011) *op.cit.*, 454.

³² P. K. Mukherjee and B. A. Bal (2009) *op.cit.*, 581.

rules (one third of which are landlocked countries), and neither the big trading powers nor the countries³³.

Below Table denotes the articles related with; application, definition of carrier, duties of carrier, basis of liability of carrier, notice of damage and time bar, period of liability of carrier, exemption from liability of carrier and limitations of liability of carrier placed in Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules. Through the Table, it is aimed to point the discrepancies in between these conventions. As mentioned above, all of these conventions are in effect in several states and the discrepancies in between these, prevent a legally uniform and thus predictable maritime cargo transportation regime. This can be explained in a sample commenced with an international sales agreement between a Turkish importer and Austrian exporter. The goods that are subject to that sales agreement will be transported using by firstly maritime transportation and then road transportation. They have been damaged and after surveys it has been found that sea water combination has caused the damage. Turkey is one of the contracting states of Hague Rules and Austria is one of the contracting states of Hamburg Rules. In case of a dispute, both Hague Rules and Hamburg Rules might be applied. However as seen in the below placed Table they have important discrepancies especially in terms of the articles related with carrier's liability. Therefore the basis, limits and exemptions of liability of the sea carrier will differ according to the convention applied and thus would create unpredictable liability concept for the sea carrier at the beginning of the voyage.

Liability Related Article	Hague Rules	Hague – Visby Rules	Hamburg Rules
	<p>Article 10 The provisions of this Convention shall apply to all bills of lading issued in any of the</p>	<p>Article 10 The provisions of these Rules shall apply to every bill of lading relating to the carriage of</p>	<p>Article 2 The provisions of this Convention are applicable to all contracts of carriage by sea between</p>

³³ L.S. Pallares (2011) *op.cit*, 454.
YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

<p>Application</p>	<p>contracting states.</p>	<p>goods between ports in two different States if: (a) the bill of lading is issued in a contracting State, or (b) the carriage is from a port in a contracting State, or (c) the contract contained in or evidenced by the bill of lading provides that these Rules or legislation of any State giving effect to them are to govern the contract; whatever may be the nationality of the ship, the carrier, the shipper, the consignee, or any other interested person.</p>	<p>two different States, if: (a) the port of loading as provided for in the contract of carriage by sea is located in a Contracting State, or (b) the port of discharge as provided for in the contract of carriage by sea is located in a Contracting State, or (c) one of the optional ports of discharge provided for in the contract of carriage by sea is the actual port of discharge and such port is located in a Contracting State, or (d) the bill of lading or other document evidencing the contract of carriage by sea is issued in a Contracting State, or (e) the bill of lading or other document evidencing the contract of carriage by sea provides that the provisions of this Convention or the legislation of any State giving effect to them are to govern the contract.</p>
	<p>Article 1a Carrier, includes the owner or the charterer</p>	<p>Article 1a Carrier includes the owner or the charterer</p>	<p>Article 1 * Carrier means any person by whom or in</p>

Definition of Carrier	who enters into a contract of carriage with a shipper	who enters into a contract of carriage with a shipper.	whose name a contract of carriage of goods by sea has been concluded with a shipper. ** Actual carrier means any person to whom the performance of the carriage of the goods, or of part of the carriage, has been entrusted by the carrier, and includes any other person to whom such performance has been entrusted.
Duties of Carrier	Article 3 The carrier shall be bound before and at the beginning of the voyage to exercise due diligence to: (a) Make the ship seaworthy, (b) Properly man, equip and supply the ship, (c) Make the holds, refrigerating and cool chambers, and all other parts of the ship in which goods are carried, fit and safe for their reception, carriage and preservation. Subject to the provisions of Article 4, the carrier shall properly and carefully load, handle, stow,	Article 3 The carrier shall be bound before and at the beginning of the voyage to exercise due diligence to: (a) Make the ship seaworthy; (b) Properly man, equip and supply the ship; (c) Make the holds, refrigerating and cool chambers, and all other parts of the ship in which goods are carried, fit and safe for their reception, carriage and preservation. Subject to the provisions of Article IV, the carrier shall properly and carefully load, handle, stow, carry, keep, care for, and dis-	No duty for carrier has been attributed.

	carry, keep, care for, and discharge the goods carried.	charge the goods carried.	
Basis of Liability	The carrier is liable for loss of or damage to the goods.	The carrier is liable for loss of or damage to the goods.	Article 5 The carrier is liable for loss resulting from loss of or damage to the goods, as well as from delay in delivery.
Liability Related Article	Hague Rules	Hague-Visby Rules	Hamburg Rules
Notice of Damage and Time bar	Article 3/6 * Unless notice of loss or damage and the general nature of such loss or damage be given in writing to the carrier or his agent at the port of discharge before or at the time of the removal of the goods into the custody of the person entitled to delivery thereof under the contract of carriage, or, if the loss or damage be not apparent, within three days . * Suit should be brought within one year of the goods' delivery or of the date when they should have been delivered.	Article 3/6 * Unless notice of loss or damage and the general nature of such loss or damage be given in writing to the carrier or his agent at the port of discharge before or at the time of the removal of the goods into the custody of the person entitled to delivery thereof under the contract of carriage, or, if the loss or damage be not apparent, within three days . * Suit should be brought within one year of the goods' delivery or of the date when they should have been delivered. This period, may how-	Article 19 * Unless notice of loss or damage, specifying the general nature of such loss or damage, is given in writing by the consignee to the carrier not later than the working day after the day when the goods were handed over to the consignee. * No compensation shall be payable for loss resulting from delay in delivery unless a notice has been given in writing to the carrier within 60 consecutive days after the day when the goods were handed over to the consignee. Article 20 * Any action relating to

		ever, be extended if the parties so agree after the cause of action has arisen.	carriage of goods under this Convention is time-barred if judicial or arbitral proceedings have not been instituted within a period of two years.
Period of Liability	Article 1/e “Carriage of goods” covers the period from the time when the goods are loaded on to the time they are discharged from the ship.	Article 1/e “Carriage of goods” covers the period from the time when the goods are loaded on to the time they are discharged from the ship.	Article 4 The responsibility of the carrier for the goods under this Convention covers the period during which the carrier is in charge of the goods at the port of loading, during the carriage and at the port of discharge.
Exemption from Liability	Article 4 Neither the carrier nor the ship shall be liable for loss or damage arising or resulting from unseaworthiness unless caused by want of due diligence on the part of the carrier to make the ship seaworthy, and to secure that the ship is properly manned, equipped and supplied, and to make the holds, refrigerating and cool chambers and all other parts of the ship in which goods are	Article 4 Neither the carrier nor the ship shall be liable for loss or damage arising or resulting from unseaworthiness unless caused by want of due diligence on the part of the carrier to make the ship seaworthy, and to secure that the ship is properly manned, equipped and supplied, and to make the holds, refrigerating and cool chambers and all other parts of the ship in which goods are carried fit and safe for their	Article 5 If the occurrence which caused the loss, damage or delay took place while the goods were in his charge as defined in article 4, unless the carrier proves that he, his servants or agents took all measures that could reasonably be required to avoid the occurrence and its consequences. The carrier is also liable: * for loss of or damage to the goods or delay in delivery caused by fire, if the claimant proves that the fire arose from

	<p>carried fit and safe for their reception, carriage and preservation in accordance with the provisions of paragraph 1 of Article III.</p> <p>* Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from:</p> <p>(a) Act, neglect, or default of the master, mariner, pilot, or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship, (b) Fire, unless caused by the actual fault or privity of the carrier, (c) Perils, dangers and accidents</p>	<p>reception, carriage and preservation in accordance with the provisions of paragraph 1 of Article III.</p> <p>* Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from:</p> <p>(a) Act, neglect, or default of the master, mariner, pilot, or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship, (b) Fire, unless caused by the actual fault or privity of the carrier, (c) Perils, dangers and accidents of the sea or other navigable waters, (d) Act of God, (e) Act of war, (f) Act of public enemies, (g) Arrest or restraint of</p>	<p>fault or neglect on the part of the carrier, his servants or agents</p> <p>* for such loss, damage or delay in delivery which is proved by the claimant to have resulted from the fault or neglect of the carrier, his servants or agents in taking all measures that could reasonably be required to put out the fire and avoid or mitigate its consequences.</p> <p>* With respect to live animals, the carrier is not liable for loss, damage or delay in delivery resulting from any special risks inherent in that kind of carriage.</p> <p>* The carrier is not liable, except in general average, where loss, damage or delay in delivery resulted from measures to save life or from reasonable measures to save property at sea.</p>
Liability Related Article	Hague Rules	Hague-Visby Rules	Hamburg Rules
	of the sea or other navigable waters, (d)	princes, rulers or people, or seizure under legal	* Where fault or neglect on the part of the carrier,

<p>Exemption from Liability</p>	<p>Act of God, (e) Act of war, (f) Act of public enemies, (g) Arrest or restraint of princes, rulers or people, or seizure under legal process, (h) Quarantine restrictions, (i) Act or omission of the shipper or owner of the goods, his agent or representative, (j) Strikes or lockouts or stoppage or restraint of labour from whatever cause, whether partial or general, (k) Riots and civil commotions, (l) Saving or attempting to save life or property at sea, (m) Wastage in bulk of weight or any other loss or damage arising from inherent, defect, quality or vice of the goods, (n) Insufficiency of packing, (o) Insufficiency or inadequacy of marks, (p) Latent defects not discoverable by due diligence, (q) Any other cause arising without the actual fault or privity of the carrier,</p>	<p>process, (h) Quarantine restrictions, (i) Act or omission of the shipper or owner of the goods, his agent or representative, (j) Strikes or lockouts or stoppage or restraint of labour from whatever cause, whether partial or general, (k) Riots and civil commotions, (l) Saving or attempting to save life or property at sea, (m) Wastage in bulk of weight or any other loss or damage arising from inherent, defect, quality or vice of the goods, (n) Insufficiency of packing, (o) Insufficiency or inadequacy of marks, (p) Latent defects not discoverable by due diligence, (q) Any other cause arising without the actual fault or privity of the carrier, or without the fault or neglect of the agents or servants of the carrier, but the burden of proof shall be on the person claiming the benefit of this exception to show that neither the</p>	<p>his servants or agents combines with another cause to produce loss, damage or delay in delivery, the carrier is liable only to the extent that the loss, damage or delay in delivery is attributable to such fault or neglect, provided that the carrier proves the amount of the loss, damage or delay in delivery not attributable thereto.</p>
--	---	--	--

	<p>or without the fault or neglect of the agents or servants of the carrier, but the burden of proof shall be on the person claiming the benefit of this exception to show that neither the actual fault or privity of the carrier nor the fault or neglect of the agents or servants of the carrier contributed to the loss or damage.</p>	<p>actual fault or privity of the carrier nor the fault or neglect of the agents or servants of the carrier contributed to the loss or damage.</p>	
<p>Limitation of Liability</p>	<p>Article 4 Neither the carrier nor the ship shall in any event be or become liable for any loss or damage to or in connexion with goods in an amount exceeding 100 pounds sterling per package or unit, or the equivalent of that sum in other currency unless the nature and value of such goods have been declared by the shipper before shipment and inserted in the bill of lading.</p>	<p>Article 4 Unless the nature and value of such goods have been declared by the shipper before shipment and inserted in the bill of lading, neither the carrier nor the ship shall in any event be or become liable for any loss or damage to or in connection with the goods in an amount exceeding 666.67 units of account per package or unit or 2 units of account per kilogramme of gross weight of the goods lost or damaged, whichever is the higher.</p>	<p>Article 6 The liability of the carrier for loss resulting from loss of or damage to goods according to the provisions of article 5 is limited to an amount equivalent to 335 units of account per package or other shipping unit or 2.5 units of account per kilogram of gross weight of the goods lost or damaged, whichever is the higher.</p>

When the Table has been examined and the bold remarking have been considered, it will be generally found out that: (i) each convention expands the application area when compared with the previous one, (ii) Hamburg Rules attributes liability to actual carrier, (iii) Hague and Hague-Visby Rules attributes special duties on carrier, (iv) besides liability from loss and damage, the basis of liability of carrier placed in the Hamburg Rules also include delay, (v) the time anticipated for notice of claim has not been classified for visible and invisible damages in Hamburg Rules and the time bar has been increased to two years, (vi) the period of liability is expanded in Hamburg Rules, (vii) exemption clauses for the carrier's liability are decreased by the Hamburg Rules and (viii) the limits of liability referred to the carrier are increased in each convention when compared with the previous one. Besides, the Hamburg Rules do not mention unseaworthiness at all, make no reference to negligent navigation and error in management defense, attribute responsibility for deck cargo to carrier, place special rules for loss or damage in case of fire and use special drawing right concept as a currency in the limitation of liability³⁴.

2. Modification of the Conventions through Domestic Legislations

The aim of the Comite Maritime International (CMI) since it was created has been the achievement of total uniformity in the manner previously described: the provisions of the conventions should become part of the laws of the contracting states without any change in the text³⁵.

Unlike the other conventions, Hague Rules include a Protocol of Signature which gives the states the option to adapt the rules a little when incorporating them into national legislation by stating that the rules could be included 'in a form appropriate to that legislation'³⁶. The contracting states have made most of the changes while incorporating the rules into their national legislations by expanding the scope of application of the regime prescribed in the rules such as the inclusion of incoming transports³⁷.

³⁴ R. G. Bauer (1993) *op.cit.*, 54-74.

³⁵ F. Berlingieri, 'Uniformity in Maritime Law and Implementation of International Conventions,' (1987) 18(3) *Journal of Maritime Law and Commerce* 317.

³⁶ M. Hoeks (2010) *op.cit.*, 300-301.

³⁷ *Ibid.*

However these modifications give a rise to the conflicts in between the domestic law of the state and the articles of the convention that the state is a party of. For example when COGSA was enacted in 1936 in USA as a domestic norm, 500 USD per package was considered a major improvement for cargo interests and accepted 5 times higher limitation of liability limits prescribed in the Hague Rules³⁸. Likewise, Turkey is one of the contracting states of the Hague Rules and in the 6762 numbered obsolete Turkish Commercial Code (TCC) the carrier's liability has been limited with 100,000 Turkish Liras in its 1114th article³⁹. Besides that discrepancy in the newest 6102 numbered TCC; the carrier is also held responsible from delay, actual carrier has been regulated for the first time in domestic law and held responsible against the shipper and carrier's liability is limited with a special currency named Special Drawing Rights (SDR). To sum up, COGSA and TCC as domestic regulations of contracting states of the Hague Rules, differ from the Hague Rules through their various articles⁴⁰. Whereas, the English Carriage of Goods by Sea Act 1971 which incorporates the Hague-Visby Rules into English law⁴¹, causes domestic maritime carriage and to the carriage of deck cargo and the carriage of animals under certain circumstances, therefore expands the application of these rules⁴².

³⁸ M. F. Sturley, 'Modernizing and Reforming US Maritime Law. The Impact of the Rotterdam Rules in the United States', (2009) 44(3) *Texas International Law Journal* 436.

³⁹ It should be noted that one of the major problems in applying the 6762 numbered TCC was its provision on the limitation of liability per package or unit. This amount may be satisfactory when it is adopted, but high inflation made it ridiculous amount even only a couple of years after its adoption. See: D. Damar, 'Carrier's Liability for Passengers-Baggage', in Kerim Atamer and Duygu Damar (eds), *Transport Law in Turkey*, (Netherlands: Kluwer Law, 2013) 447-449.

⁴⁰ For other differences between COGSA and the Hague Rules, see; F. Berlingieri (1987) *op.cit.*, 335-336.

⁴¹ The English Carriage of Goods by Sea Act 1971 is the ratification of the Hague-Visby Rules while the English Carriage of Good by Sea Act 1992 is an act to replace the Bills of Lading Act 1855 with new provision with respect to bills of lading and certain other shipping documents, it does not replace the 1971 Act. See; Institute of Chartered Shipbrokers (2012) *op.cit.*, 43.

⁴² Thus the Privy Council in the case of *Vita Food Products v. Unus Shipping Co.* held that bills of lading issued in Newfoundland, which did not contain a paramount clause and which otherwise would have been subject to Hague Rules by virtue of local legislation

The reasons that blaze these modifications on the conventions through domestic legislations may be classified as follows: (i) reservations; (ii) authority to contracting states to regulate certain matters otherwise than as provided in the convention⁴³; (iii) mere statement in a convention of a principle on which legislation is required by contracting states; (iv) authority to contracting states to regulate certain subjects without any express rules being stated in the convention and (v) authority to contracting states to restrict the scope of application of the convention⁴⁴.

The contracting states may not modify but interpret the articles of the conventions differently. This is also an obstacle in front of the establishment of a legally uniform maritime cargo transportation regime. Whereas, interpretation is not a process which can be carried out hurriedly: it requires time, it requires that the provisions which need interpretation be tested many times against the reality of the commercial life⁴⁵. Moreover interpretation is not a fixed idea, and can be changed according to the process and applications⁴⁶. The ideal solution is that the same provisions should exist in the national legal systems and that such provisions should be interpreted in the same manner in all countries in which they are in force⁴⁷.

corresponding to the English Carriage of Goods by Sea Act were taken outside the ambit of the rules by the simple expedient of including an English choice of law clause. See; J. F. Wilson (2010) *op.cit.*,184.

⁴³ Article 9 of the Hague Rules provides that contracting states may grant the debtor the right of discharging his debt in national currency.

⁴⁴ F. Berlingieri (1987) *op.cit.*, 319.

⁴⁵ *Ibid*, 318. In the *Corocraft Ltd. v. Pan American* Lord Denning, M.R. said, in discussing the interpretation of the 1929 Warsaw Convention; “*the courts of all countries should interpret the convention in the same way*”.

⁴⁶ In *The Morviken*, Lord Diplock, after having quoted what Lord Macmillan said of the Hague Rules in *Stag Line Ltb d. v. Foscolo, Mango and Co. Ltd.*, stated the Hague-Visby Rules should be given a purposive rather than a narrow literalistic construction, particularly wherever the adoption of a literalistic construction would enable the stated purpose of the international convention.

⁴⁷ F. Berlingieri (1987) *op.cit.*, 317.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

3. Fail of a Broad Attendance to the Conventions

Uniformity, by its very nature, is more valuable as more broadly it is achieved⁴⁸. As a consequence of the great rise of international maritime cargo transportation, the states become in commercial relationships with each other. Uniformity will be achieved by means of international conventions or other forms of agreement negotiated between governments and enforced domestically by those same governments⁴⁹. However there is no convention that success the total attendance of the states worldwide. This affects the uncertainty on the application of a convention for a state which is not one of the contracting states of that convention⁵⁰.

Besides failing to ensure a broad attendance to the conventions, the list of the contracting states stated in several sources actually does not represent the exact number of the states that in fact apply the conventions. For example as, for instance, there are countries like Australia and Canada that never ratified or otherwise adopted the Hague-Visby Rules however these countries have enacted domestic legislation to which they attached the text of the Hague-Visby Rules as a schedule. China has not acceded to three important international maritime cargo transportation conventions; namely, the Hague Rules, the Hague-Visby Rules or the Hamburg Rules⁵¹. However, with roughly a quarter of the world's population and a steadily increasing proportion of its trade, operates under a Maritime Code that combines selected elements from the Hague-Visby and Hamburg Rules with unique Chinese provisions⁵². Another example, Turkey, which is one of the contracting states of Hague Rules have maritime commerce related

⁴⁸ M. F. Sturley (2011) *op.cit.*, 70.

⁴⁹ P. J. S. Griggs (2003) *op.cit.*, 193.

⁵⁰ In its *Royal Ins. Co. of Amer. v. Orient Overseas Container Line, Ltd.(OOCL)*, 525 F.3d 409 case 6th Circuit of USA court in 2008 has applied Hague-Visby Rules to the conflict, in fact USA is not one of the contracting states of this convention, demanding to its findings that the bill of lading was ambiguous-thus, should be construed *contra proferentum* against the drafter, OOCL and applied the Hague-Visby Rules because such was the intent of the parties.

⁵¹ F. W. H. Chan, 'In Search of a Global Theory of Maritime Electronic Commerce: China's Position on the Rotterdam Rules', (2009) 40(2) *Journal of Maritime Law & Commerce* 191.

⁵² M. F. Sturley (2011) *op.cit.*, 67.

articles in its 6102 numbered TCC⁵³ which are parallel to Hamburg Rules. This approach can be based on two groundings. The first one is the aim of the drafting committee of the newest 6102 numbered TCC, which has adopted the principle that domestic law must be brought into harmony with modern international conventions and legal positions of the maritime states of the European Union (EU) by considering that Turkey aims at becoming a member of the EU⁵⁴. Second grounding is the direct translation from the German Act of 25 June 1998 regarding the ‘Revision of the Law on Transport, Forwarding and Storage’⁵⁵ for the special provisions of the TCC which will be applied to maritime law by considering the German Democratic Republic is one of the contracting states of Hamburg Rules.

B. INNOVATIVE SIDES OF THE ROTTERDAM RULES

Upon the determination of a present non-uniform maritime cargo transportation regime, it should be analyzed whether the recently developed regime, namely the Rotterdam Rules, is proper enough to establish a uniform one. Whereas neither the drafters of the Hague Rules nor the drafters of the Hague-Visby and Hamburg Rules could anticipate the container revolution or anticipate the impact of the container revolution⁵⁶ on modern commer-

⁵³ For detailed explanation related with the background of preparatory works related with maritime related legislation see, K. Atamer, *Gemi ve Uçak İpoteğinin Hukuksal Temelleri* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2012); K. Atamer (2013) *op.cit.*, 193.

⁵⁴ K. Atamer (2013) *ibid.*, 22–24.

⁵⁵ *Ibid.*; D. Damar (2013) *op.cit.*, 796–797.

⁵⁶ In order to have detailed information related with the impacts of the container revolution, see: H.O. Günther and K. H. Kim, *Container Terminals and Automated Transport Systems* (Heidelberg: Springer, 2005); R. Konings, H. Priemus and P. Nijkamp, *The Future of Intermodal Freight Transport* (Cornwall: Edward Elgar, 2008); T.R. Leinbach and C. Capineri, *Globalized Freight Transport*, (USA: Edward Elgar, 2007); M. Levinson, *The Box: How The Shipping Container Made The World Smaller And The World Economy Bigger* (Princeton: Princeton University Press, 2008); T. Aladwani, ‘The Supply of Containers and “Seaworthiness”-The Rotterdam Rules Perspective’, (2011) 42(2) *Journal of Maritime Law and Commerce*; C.L. Wei, *Changes in the Sea Carrier’s Liability for Cargo as a Result of Containerization and Multimodalism (US and Taiwanese Law)* (Canada: Montreal University, 1999).

cial practices⁵⁷. Besides once it became apparent that the Hamburg Rules had failed to provide a uniform replacement for the Hague-Visby regime, lobbying began afresh for the establishment of this alternative system⁵⁸. The Rotterdam Rules contain many innovative provisions, including some that allow for electronic transport records and others that fill the perceived loopholes in current transport regimes⁵⁹.

The most significant innovation of the Rotterdam Rules is on its scope of application and thus its *applicability to door to door operations*⁶⁰. That is from the seller to the buyer including the period or phase while the goods are in a port and not on the ship and subject to loading, storage, relocation, and unloading⁶¹. This mandatory scope of application, as opposed to the application as a matter of private international law, differs from the

⁵⁷ M. D. Güner-Özbek, 'Extended Scope of the Rotterdam Rules: Maritime Plus and Conflict of the Extension with the Extensions of Other Transport Law Conventions' in M. D. Güner-Özbek (eds) *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (İstanbul: Springer, 2011) 111; M. F. Sturley (2009) *op.cit.*, 437.

⁵⁸ T. Nikaki and B. Soyer (2012) *op.cit.*, 304; D.M. Bovio *op.cit.*, 1177.

⁵⁹ F. W.H. Chan (2009) *op.cit.*, 185.

⁶⁰ L.S. Pallares (2011) *op.cit.*, 458; M. F. Sturley (2009) *op.cit.*, 84; A.V. Ziegler (2009) *op.cit.*, 332; E. Rosaeg, 'Conflicts of Conventions in the Rotterdam Rules' (2009) 15(3) *The Journal of International Maritime Law* 238. According to article 12 of the Rotterdam Rules: "*The period of responsibility of the carrier for the goods under this Convention begins when the carrier or a performing party receives the goods for carriage and ends when the goods are delivered*". Though the UNCITRAL Draft Convention was initially conceived as a port to port convention, in 2002, the UNCITRAL Working Group III (on Transport Law) took into account the reality of the widespread commercial practice of door-to-door transport and suggested the extension of its original mandate in order to consider door-to-door transport operations. See; UNCITRAL, 35th Sess., UN Doc. A/CN.9/510 (2002) (Ninth Session Working Group Report) at para. 26-32, at 9-12, <http://www.uncitral.org/english/sessions/unc/unc-35/510e.pdf>. The decision to extend to the land carriage connected with carriage by sea, the scope of application of the new draft instrument prepared by the CMI was prompted by the awareness that such extension would respond to the needs of the trade, for already in 2002 about fifty per cent of containers carried by sea were carried door to door. See; UNCITRAL Note by the Secretariat, document A/CN.9/WG.III/WP.29 at para. 25.

⁶¹ M. F. Sturley (2003a) *op.cit.*, 73; D.M. Bovio *op.cit.*, 1168.

Hague-Visby Rules to the Hamburg Rules and the Rotterdam Rules⁶². Whereas, the Hague and Hague-Visby Rules accept ‘tackle to tackle’ responsibility which holds the carrier responsible from the moment when the ship’s tackle is hooked on at the loading port until the moment when the ship’s tackle is unhooked at the discharging port⁶³ and the Hamburg Rules accept ‘port to port’ responsibility which holds the carrier responsible from the moment the goods are in its possession, including any periods in which they are in the hands of third parties who provide the carrier with services for the completion of its transport function⁶⁴. Door to door approach accepted in Rotterdam Rules is much more preferable over the ‘port to port’ approach of the Hamburg Rules and the ‘tackle to tackle’ approach of the Hague and Hague-Visby Rules, which progressively became insufficient for current practical needs⁶⁵. However it must be kept in mind that this responsibility might be limited according to article 12/3 of the Rotterdam Rules⁶⁶.

As a consequence of the acceptance of door to door responsibility of the carrier, the Rotterdam Rules recognize that the regional conventions which govern inland transport adopt a limited network principle by holding the contracting carrier liable for inland damages (when it can be local-

⁶² K. Atamer, ‘Construction Problems in the Rotterdam Rules Regarding the Performing and Maritime Performing Parties’, (2010b) 41(4) Journal of Maritime Law and Commerce 478.

⁶³ W. Tetley, Marine Cargo Claims (Canada: Thomson-Carswell, 2008) 25; M. F. Sturley (2009) *op.cit.*, 434; M. Hoeks (2010) *op.cit.*, 320. The strict period of liability of the carrier placed in Hague and Hague – Visby Rules are criticised that this period leaves a gap through the liability of liner carrier in application. See; D.M. Bovio *op.cit.*, 1172–1173.

⁶⁴ *Ibid.*, 1176; M. F. Sturley (2003a) *op.cit.*, 73; M. Hoeks (2010) *op.cit.*, 334.

⁶⁵ S. Ünan, ‘The Scope of Application of the Rotterdam Rules and Freedom of Contract’ in M. D. Güner-Özbek (eds) The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, (İstanbul: Springer, 2011) 88; M. Hoeks (2010) *op.cit.*, 334.

⁶⁶ According to the article 12/3 of the Rotterdam Rules; “*For the purpose of determining the carrier’s period of responsibility, the parties may agree on the time and location of receipt and delivery of the goods, but a provision in a contract of carriage is void to the extent that it provides that: (a) The time of receipt of the goods is subsequent to the beginning of their initial loading under the contract of carriage; or (b) The time of delivery of the goods is prior to the completion of their final unloading under the contract of carriage.*”

ized) in times when a separate contract for the inland leg had been concluded⁶⁷. Therefore, the rules enhance legal certainty by making it clear that the new regime is to apply *ex proprio vigore* to 'wet multimodal' contracts for carriage of goods⁶⁸. In fact the Hamburg Rules has several provisions with particular relevance to multimodal transportation⁶⁹, the scope of application of the Rotterdam Rules to door-to-door contracts of carriage is established as a 'maritime plus' approach, since the common factor for the application of the convention is a sea leg⁷⁰.

The Rotterdam Rules have extended the freedom of contract principle accepted in Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules to *volume contracts* by bringing these contracts into the new regime at least on a default basis⁷¹. The uniqueness of individual contracts between shippers and carriers has long been recognized in the USA and this uniqueness, it would appear, has influenced the development of the volume contract concept in the Rotterdam Rules and has provided the impetus for resorting to freedom in bargaining for contracts for the carriage of goods wholly or partly by sea in certain instances⁷². Under such contracts, carriers and shippers may opt-out of most of the provisions of the new regime, and accordingly, agree on greater or lesser rights, obligations and liabilities than under the Rotterdam Rules⁷³. Although the Rotterdam Rules give parties to volume contracts freedom to choose any place they wish to litigate or arbitrate their disputes, the rules do not allow the same freedom to holders of

⁶⁷ L.S. Pallares (2011) *op.cit.*, 459.

⁶⁸ T. Nikaki and B. Soyer (2012) *op.cit.*, 308.

⁶⁹ W. Coffey (1982-1983) *op.cit.*, 583.

⁷⁰ M. D. Güner-Özbek (2011) *op.cit.*, 127; F. Ülgener, 'Obligations and Liabilities of the Carrier', (in M. D. Güner-Özbek (eds) *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (İstanbul: Springer, 2011) 140. Article 26 of Rotterdam Rules, undermines the 'maritime plus' principle, see: S. Ünán (2011) *op.cit.*, 105 and M. Hoeks (2010) *op.cit.*, 23-335.

⁷¹ L. S. Pallares (2011) *op.cit.*, 460.

⁷² P. K. Mukherjee and B. A. Bal (2009) *op.cit.*, 582. Another provision that imparts legal certainty is the automatic Himalaya type protection provided in Article 4.1 of the Rotterdam Rules, which confers the carrier's protection to certain classes of third parties that assist the carrier in performing the contract of carriage.

⁷³ T. Nikaki and B. Soyer (2012) *op.cit.*, 332.

transport documents or electronic records issued pursuant to volume contracts⁷⁴.

Hague and Hague-Visby Rules do not address *jurisdiction and arbitration* at all, so that the existing law in most countries must be found in domestic legislation or national jurisprudence⁷⁵. Hamburg Rules and Rotterdam Rules have similar regulations related with jurisdiction however in the Rotterdam Rules, the designation of the place of arbitration, if contained in a volume contract, is binding on the parties to the agreement and is binding on persons other than the party to the volume contract subject to the same conditions required for jurisdiction clauses, except that the reference to the law of the court seized is replaced by a reference to the applicable law⁷⁶.

As pointed above, the different applications between the domestic jurisdictions result different judicial decisions in the similar cases. The Rotterdam Rules, by regulating arbitration and jurisdiction, establish the principle on choice of court and this should be understood as exclusive jurisdiction without admitting any doubt created by the contractors⁷⁷. However such agreements are criticized as they restore the legal certainty by expressly allowing the carrier and the shipper to agree that the shipper, documentary shipper or consignee may perform the loading, handling, stowing or unloading of cargo, thus validating the commonly used FIO and similar clauses⁷⁸. Article 13/2 of the rules resolves the issue of the validity of the transfer of the responsibility of those operations; however disputes may still arise over the interpretation of the reference in the contract particulars to the agreement between the carrier and the shipper, which is re-

⁷⁴ D. C. Hooper, 'Forum Selection and Arbitration in the Draft Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, or The Definition of Fora Conveniens Set Forth in Rotterdam Rules', (2009) 44(3) *Texas International Law Journal* 417-426.

⁷⁵ In order to have a detailed information related with the arbitration concept brought by Rotterdam Rules, see: *ibid*.

⁷⁶ F. Berlingieri, 'A Comparative Analysis of the Hague-Visby Rules, Hamburg Rules and The Rotterdam Rules', (paper delivered at the General Assembly of the AMD, Marrakesh, 5-6 November 2009).

⁷⁷ L. S. Pallares (2011) *op.cit*, 461.

⁷⁸ P. K. Mukherjee and B. A. Bal (2009) *op.cit*, 310.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

quired for the legality of such a transfer⁷⁹. As this is contrary to article 3/8 of the Hague and Hague-Visby Rules and article 23/1 of the Hamburg Rules, it represents a major change from current jurisprudence⁸⁰.

Hague and Hague-Visby regimes follow the 'documentary' approach, under which the application of these conventions would turn on the issuing of a particular type of document⁸¹. However the strength of using the bill of lading as a symbol for the goods, a token, is at the same time weakness while it can be lost or tampered; descend to fraud and importantly at a certain stage lose its function⁸². Rotterdam Rules, parallel to Hamburg Rules, *remove the requirement of document issuing process* and set free the movement of the goods in marine when compared with Hague and Hague-Visby Rules. Besides this, by taking into consideration the functional equivalence approach, article 8 of the Rotterdam Rules considers the electronic transport records as equal to transport documents⁸³. The aim of the electronic bills of lading is to completely remove the paper element of international trade transactions⁸⁴.

Promoting equality among the parties involved in the carriage transaction entails eliminating the provisions of the existing maritime cargo transportation regimes that concede an advantage for one party without any good reason. A notable instance of this in the Rotterdam Rules is the *elimination of the navigational fault exception*⁸⁵ placed in the Hague-Visby Rules and the *extension of the seaworthiness obligation to cover the whole of the voyage* rather its mere commencement⁸⁶. Under the current international maritime cargo transportation regime, represented by the Hague and Hague-Visby Rules, the carrier is under an obligation of

⁷⁹ T. Nikaki (2010) *op.cit.*, 21; M.F. Sturley (2003a) *op.cit.*, 94.

⁸⁰ M.F. Sturley, *ibid.*

⁸¹ P. K. Mukherjee and B. A. Bal (2009) *op.cit.*, 581.

⁸² G. V. D. Ziel, 'Chapter 10 of the Rotterdam Rules: Control of Goods in Transit', (2009a) 44(3) *Texas Law Journal* 376.

⁸³ H. Karan, 'Transport Documents in the Light of Rotterdam Rules in M. D. Güner-Özbek (eds) *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (Istanbul: Springer, 2011) 63–86.

⁸⁴ F. W.H. Chan (2009) *op.cit.*, 187.

⁸⁵ M.F. Sturley (2003a) *op.cit.*, 95.

⁸⁶ T. Nikaki and B. Soyer (2012) *op.cit.*, 329; T. Nikaki (2010) *op.cit.*, 7; F. Ülgener (2011) *op.cit.*, 141; T. Aladwani (2011) *op.cit.*, 185-209.

providing a seaworthy vessel before and at the beginning of the sea voyage⁸⁷. The underlying justification reason for the extension in carrier's seaworthiness obligation is the adjustment of these rules with the regulations which aim to improve safety and protection of the environment such as the International Safety Management Code (ISM Code) and therefore ensure the environmental protection during her operation⁸⁸. Also it became quite clear that the existing regime is compatible neither with the general and unrestricted duty to care for cargo throughout the voyage, nor with the developments in telecommunications. However, in the preparatory process of the Rotterdam Rules, some of the delegates have expressed that the courts might fail to determine the level of diligence whereas this level is much lower when the vessel is at sea than it is in port and the owner has greater access to the resources necessary for repairing and maintaining the vessel⁸⁹.

Rotterdam Rules retained the tradition of *catalogue of defenses* which arise from the Hague and Hague-Visby Rules with its 17th article. Despite that the Hamburg Rules give a blank to this tradition and did not place the catalogue of defenses for the carrier to be exonerated from liability; Rotterdam Rules have turned the application similar to Hague and Hague-Visby Rules. The common law countries (including the USA) argue that the catalogue may be unnecessary in civil law countries but that it does no real harm, whereas it continues to serve a useful purpose in the common-law world⁹⁰. At this stage it should be pointed that in contrast with the Hague and Hague-Visby Rules but this time, similar to Hamburg Rules, Rotterdam Rules have referred *delay as a basis of liability* of carrier.

The principal obligation on the shipper under the Hague and Hague-Visby Rules relates to the shipment of dangerous goods⁹¹. These conven-

⁸⁷ T. Aladwani, *ibid.*

⁸⁸ A.V. Ziegler (2009) *op.cit.*, 337.

⁸⁹ M.F. Sturley (2003a) *op.cit.*, 95.

⁹⁰ *Ibid.*, 96.

⁹¹ M.F. Sturley (2003a) *op.cit.*, 100.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

tions did not pay much attention to the shipper's obligations or liabilities⁹². However the Rotterdam Rules exceed existing maritime cargo transportation conventions to regulate obligations and liabilities that have traditionally been governed by the applicable national law or contractual terms such include the *shipper's duty*; to deliver the goods ready for carriage and in a safe condition, not restricted with dangerous goods, to properly stow the cargo in containers, to properly and carefully perform the operations of loading, stowage and discharge of the goods⁹³ named as Free-In-and-Out (FIO⁹⁴) or a similar clause and to provide information, instructions and documents in a wider context than that specified in the Hague and Hague-Visby system and Hamburg system⁹⁵. Besides Chapter 7 of the Rotterdam Rules, resolves issues of *shipper's liability* more fully than prior maritime cargo transportation conventions⁹⁶.

Upon the comparison of the *limitation of liability* related articles of the Rotterdam Rules and the Hague, Hague-Visby and the Hamburg Rules, it has been found that the Rotterdam Rules increase the limits of liability of the carrier. However the critics contended that the Rotterdam Rules provided less compensation in the event of loss and that these limits would apply to domestic legs in a door to door contract⁹⁷. As an example, the

⁹² T. Fujita, 'Obligations and Liabilities of the Shipper' in M. D. Güner-Özbek (eds) *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (İstanbul: Springer, 2011) 140.

⁹³ No provision exists in the Hague-Visby Rules and in the Hamburg Rules in respect of the rights and obligations of the parties relating to the delivery of the goods after their arrival at destination. See; F. Berlingieri (2009) *op.cit.*, 60.

⁹⁴ Free-in-Free-out ("FIO") clauses transfer the obligation to nominate and the duty to pay stevedores to load, stow, and discharge the cargo; they can also transfer the responsibility for proper performance of such operations. For a general discussion of FIO clauses see, M. Davis, 'Two views of Free In and Out, Stowed Clauses in Bills of Lading', (1994) *Australian Business Law Review* 198; D.M. Bovio *op.cit.*, 1201. Typical example of the FIO clause is as follows: "*The cargo shall be brought into the holds, loaded, stowed and/or trimmed, tallied, lashed and/or secured and taken from the holds and discharged by the shipper or the consignee, free of any risk, liability and expense whatsoever to the carrier.*" See, T. Fujita (2011) *op.cit.*, 219.

⁹⁵ T. Nikaki and B. Soyer (2012) *op.cit.*, 309.

⁹⁶ M.F. Sturley (2011) *op.cit.*, 80.

⁹⁷ C. Legros, 'Relations Between the Rotterdam Rules and the Convention on the Carriage of Goods by Road', (2011–2012) 36 *Tulane Maritime Law Journal* 728.

Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR) provides for 8.33 SDR per kilogram as a limit of liability, the Rotterdam Rules provide only 3 SDR per kilogram and thus removes the application of Rotterdam Rules instead of CMR⁹⁸. Additionally limits under the Rotterdam Rules may result in a more favorable outcome than the limits under the inland transport conventions⁹⁹.

Chapter 10 of the Rotterdam Rules regulate the *right of control of shipper* by dealing with situations in which the goods have been delivered to the carrier for transportation, loaded on board of a ship, or are somewhere on the high seas¹⁰⁰. On the one hand, it seems logical to give the contracting shipper the right to control entitlements under the contract of carriage however on the other hand, giving a negotiable transport document the consignee-shipper may undermine the consignor's ability to receive payment for the goods that have been shipped¹⁰¹.

As in modern commercial shipping practice, carrier never performs all of its duties under the contract of carriage itself¹⁰²; the Rotterdam Rules have added *new actors to transportation* process besides carrier¹⁰³ such as performing party¹⁰⁴, maritime performing party¹⁰⁵ and identified carrier¹⁰⁶.

⁹⁸ In order to have a detailed information related with the relationship between the Rotterdam Rules and CMR, see: *Ibid*, 725-740; E. Rosaeg (2009) *op.cit.*, 241-248.

⁹⁹ G.V. D. Ziel, 'Multimodal Aspects of the Rotterdam Rules', (2009b) 14 Unif. L. Review 980.

¹⁰⁰ In order to have a detailed information related with the right of control concept brought by Rotterdam Rules, see: G. V. D. Ziel (2009a) *op.cit.*, 375-386.

¹⁰¹ M.F. Sturley (2003a) *op.cit.*, 101.

¹⁰² *Ibid.*, 79.

¹⁰³ According to the article 1/5 of the Rotterdam Rules: "*The carrier is a person that enters into a contract of carriage with a shipper.*"

¹⁰⁴ According to the article 1/6a of the Rotterdam Rules: "*Performing party means a person other than the carrier that performs or undertakes to perform any of the carrier's obligations under a contract of carriage with respect to the receipt, loading, handling, stowage, carriage, care, unloading or delivery of the goods, to the extent that such person acts, either directly or indirectly, at the carrier's request or under the carrier's supervision or control.*" In the very early drafts of the Rotterdam Rules 'performing carrier' term was used however upon the critics, demanding that many independent parties performing the carrier's obligations under the contract of carriage do not literally carry the goods. Thus the new term 'performing party' was introduced. See, M. F. Sturley (2003a) *op.cit.*, 80. In order to have a detailed information related with the performing party concept *YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)*

Persons involved in any of the carrier's obligations at any stage of the door to door carriage are referred to as performing parties¹⁰⁷ and rules also address the liability of maritime performing parties¹⁰⁸.

C. ROTTERDAM RULES' SUFFICIENCY IN THE ESTABLISHMENT OF A LEGALLY UNIFORM REGIME

USA Supreme Court has pointed that "*the confidence of people in their ability to predict the legal consequences of their actions is vitally necessary to facilitate the planning of primary activity and to encourage the settlement of disputes without resort to the courts.... Certainly the courts could not provide expeditious resolution of disputes if every rule were fair game for de novo reconsideration in every case*"¹⁰⁹." If the law is uniform,

brought by Rotterdam Rules, see; K. Atamer (2010b) *op.cit.*, 469–497; M. F. Sturley, 'The Treatment of Performing Parties', (2003b) CMI Yearbook 230; T. Fujita, 'The Comprehensive Coverage of the New Convention: Performing Parties and the Multimodal Implications' (2009) 44 Texas International Law Journal 368; F. Smeele, 'The Maritime Performing Party in the Rotterdam Rules 2009' (2010) EJCL 72; R. Thomas, 'An Appraisal of Diamond, The Rotterdam Rules' (2009) LMCLQ 489; D.M. Bovio *op.cit.*, 1202; P. Delebecque, 'The UNCITRAL Draft Instrument on the Carriage of Goods by Sea' (2003) CMI Yearbook 215; J. Ramberg, 'UN Convention on Contracts of Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea', (2009) CMI Yearbook 279; S. Zunarelli, 'The Carrier and the Maritime Performing Party in the Rotterdam Rules' (2009) Uniform Law Review 1011.

¹⁰⁵ According to the article 1/7 of the Rotterdam Rules: "*Maritime performing party means a performing party to the extent that it performs or undertakes to perform any of the carrier's obligations during the period between the arrival of the goods at the port of loading of a ship and their departure from the port of discharge of a ship. An inland carrier is a maritime performing party only if it performs or undertakes to perform its services exclusively within a port area*".

¹⁰⁶ According to the article 37/1 of the Rotterdam Rules: "*If a carrier is identified by name in the contract particulars, any other information in the transport document or electronic transport record relating to the identity of the carrier shall have no effect to the extent that it is inconsistent with that identification*".

¹⁰⁷ K. Atamer and C. Sözel, 'Construction Problems in the Rotterdam Rules Regarding the Identity of the Carrier' in M. D. Güner-Özbek (eds) *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (Istanbul: Springer, 2011) 155-199.

¹⁰⁸ M. F. Sturley (2011) *op.cit.*, 80.

¹⁰⁹ *Moragne v. States Marine Lines*, 398 USA 375, 403-04, 1970 AMC 967, 989-90 (1970).

all participants will be aware of their liability (or recovery) wherever the dispute is resolved and the results will be more predictable, litigation will thus be less necessary, and the parties will be able to make their underlying business decisions in confidence, knowing what law will be applied if loss or damage occurs¹¹⁰. USA Supreme Court has also recognized in one of its decisions construing the Hague Rules, “*conflicts in the interpretation of the Hague Rules not only destroy aesthetic symmetry in the international legal order but impose real costs on the commercial system the Rules govern*”¹¹¹.

When assuming that uniformity is a chain formed by three rings; the first ring of the chain will be ‘predictability’ that lets the parties’ know the consequences of their acts, the second ring of the chain will be ‘reliability’ that composes a transparent liability regime and at the last ring will be ‘continuance’ that occurs by reliable and secure relationships. As a consequence, uniformity of a legal application becomes one of the most important components of a sustainable relationship.

Like its predecessors, the Rotterdam Rules were motivated in large part by the desire to achieve broad uniformity in the law governing the international carriage of goods¹¹². In the study, the obstacles in front of the uniform maritime cargo transportation regime have been determined as: discrepancies in between Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules in terms of their articles related with carrier’s liability, modification of the conventions through domestic legislations and fail of a broad attendance to these conventions. Rotterdam Rules, in order to ensure the uniform maritime cargo transportation regime, should remove these obstacles. In this part of the study its success on removing these obstacles will be discussed.

The focus in the Rotterdam Rules’ preparation process has generally been to update and modernize the existing legal regimes that govern the carriage of goods, filling in some of the gaps that have been identified in the practice over the years and harmonize the law in force when possi-

¹¹⁰ M. F. Sturley (2011) *op.cit.*, 68.

¹¹¹ M. F. Sturley, ‘Uniformity In The Law Governing The Carriage Of Goods By Sea’, (1995) 26 JMLC 556.

¹¹² M. F. Sturley (2011) *op.cit.*, 66.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

ble¹¹³. Whereas the drafting expectations underpinning the Rotterdam Rules were; the promotion of legal certainty, the harmonization and modernization of the rules governing international contract of carriage, the promotion of the development of trade in an equal and mutually beneficiary manner and the enhancement of efficiency¹¹⁴. Likewise in the 02 February 2009 dated A/63/438 numbered resolution of UN General Assembly, the acceptance of the Rotterdam Rules have been based on the concerns on; (i) the lack of uniformity of the current international maritime transportation regime, (ii) the promotion of the legal certainty in the international contracts of carriage wholly or partly by sea and (iii) the failure of the current regime on modern transport practices, including containerization¹¹⁵, door to door transport contracts and the use of electronic transport documents issues¹¹⁶. To achieve these goals, and not least, the objective of modernizing the laws governing international maritime cargo transportation, the Rotterdam Rules establish a body of uniform rules addressing the technological and commercial developments that have taken place since the adoption of the Hague, the Hague-Visby, and the Hamburg Rules¹¹⁷. Therefore it is beyond all the doubts that the above mentioned innovative sides of the Rotterdam Rules have a strong effect in achieving the uniform regime in maritime cargo transportation while it adjusts the needs of modern maritime practice through the legal regime that is created by its related articles.

Harmonizing the regime governing maritime cargo transportation, which is one of the foremost aims of the Rotterdam Rules, entails the enactment of uniform rules that will be acceptable to at least the major shipping nations as a wholesale replacement for the existing Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules¹¹⁸. Whereas applying a single body of law to

¹¹³ L.S. Pallares (2011) *op.cit.*, 458.

¹¹⁴ *Ibid*, 307.

¹¹⁵ The container provided the flexibility to focus more on an integrated movement of goods rather than movement specifically associated with a certain mode of transport. See; M. Hoeks (2010) *op.cit.*, 10. However there is no uniform regime that regulates that sort of integrated transportation yet and this situation blazes the unpredictability of the applicable legal regime of multimodal transport.

¹¹⁶ See: http://www.uncitral.org/pdf/english/workinggroups/wg_3/res122e.pdf

¹¹⁷ T. Nikaki (2010) *op.cit.*, 5.

¹¹⁸ T. Nikaki and B. Soyer (2012) *op.cit.*, 319; C. Legros (2011-2012) *op.cit.*, 725.

the entire contract of carriage undoubtedly will promote some degree legal certainty¹¹⁹. That is tried to be achieved by the article 89/1 of the Rotterdam Rules declaring that: “*State that ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention and is a party to the International Convention for the Unification of certain Rules of Law relating to Bills of Lading signed at Brussels on 25 August 1924, to the Protocol to amend the International Convention for the Unification of certain Rules of Law relating to Bills of Lading, signed at Brussels on 23 February 1968, or to the Protocol to amend the International Convention for the Unification of certain Rules of Law relating to Bills of Lading as Modified by the Amending Protocol of 23 February 1968, signed at Brussels on 21 December 1979, shall at the same time denounce that Convention and the protocol or protocols thereto to which it is a party by notifying the Government of Belgium to that effect, with a declaration that the denunciation is to take effect as from the date when this Convention enters into force in respect of that State.*” In short, the acceptance of the Rotterdam Rules by a contracting state will supersede Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules for that state. This is a strong instrument to remove the first obstacle against uniformity that arise from the discrepancies in between the Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules in terms of carrier’s liability. Therefore a predictable liability concept will be created at the beginning of the voyage for the parties who take place in maritime cargo transportation. Besides this, some assert that article 89 of Rotterdam Rules is not a successful conflict of conventions provision whereas its efficacy depends heavily on the exercise of the contracting state's discretion to give priority to an already existing international convention on carriage by other transport modes¹²⁰.

Apart from ensuring legal uniformity in maritime cargo transportation, no one can allege that the rules have accepted a pure uniform liability system in terms of multimodal transportation¹²¹. According to the article

¹¹⁹ T. Nikaki and B. Soyer (2012) *ibid.*, 307.

¹²⁰ T. Nikaki (2010) *op.cit.*, 542.

¹²¹ T. Nikaki, ‘Conflicting Laws in "Wet" Multimodal Carriage of Goods: The UN-CITRAL Draft Convention on the Carriage of Goods [Wholly or Partly] [by Sea]’, (2006) 37(4) *Journal of Maritime Law & Commerce* 528; C. Legros (2011-2012) *op.cit.*, 740. For the comments over against this assertion and declaring that the rules are substan-
YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

82 of the Rotterdam Rules which is regulated in Chapter 17 under the title of 'Matters Not Governed by This Convention', the rules do not prevent the application of other international conventions that regulate air, road, railway and inland water transportation¹²². Besides, article 26 of the Rotterdam Rules¹²³ was considered unlikely to avoid the risk of a possible conflict with the conventions on air transport signed at Montreal and Warsaw, because these conventions also contain provisions on multimodal transport¹²⁴. Likewise, CMR is not a multimodal convention however it follows explicitly from its article 2 that it does apply even if the transport

tively equipped to handle today's modern shipping practices, including the multimodal transportation and conflict of laws problems, see: M. Peters (2008-2009) *op.cit.*, 788.

¹²² According to article 82 of the Rotterdam Rules: "*Nothing in this Convention affects the application of any of the following international conventions in force at the time this Convention enters into force, including any future amendment to such conventions, that regulate the liability of the carrier for loss of or damage to the goods: (a) Any convention governing the carriage of goods by air to the extent that such convention according to its provisions applies to any part of the contract of carriage; (b) Any convention governing the carriage of goods by road to the extent that such convention according to its provisions applies to the carriage of goods that remain loaded on a road cargo vehicle carried on board a ship; (c) Any convention governing the carriage of goods by rail to the extent that such convention according to its provisions applies to carriage of goods by sea as a supplement to the carriage by rail; or (d) Any convention governing the carriage of goods by inland waterways to the extent that such convention according to its provisions applies to a carriage of goods without trans-shipment both by inland waterways and sea.*" It has been pointed out that the requirement that the loss, damage or delay must occur solely during a leg other than the sea leg does not suffice to avoid a conflict with the CMR, as well as with COTIF-CIM and with the Montreal Convention.

¹²³ According to article 26 of the Rotterdam Rules: "*When loss of or damage to goods, or an event or circumstance causing a delay in their delivery, occurs during the carrier's period of responsibility but solely before their loading onto the ship or solely after their discharge from the ship, the provisions of this Convention do not prevail over those provisions of another international instrument that, at the time of such loss, damage or event or circumstance causing delay: (a) Pursuant to the provisions of such international instrument would have applied to all or any of the carrier's activities if the shipper had made a separate and direct contract with the carrier in respect of the particular stage of carriage where the loss of, or damage to goods, or an event or circumstance causing delay in their delivery occurred; (b) Specifically provide for the carrier's liability, limitation of liability, or time for suit; and c) Cannot be departed from by contract either at all or to the detriment of the shipper under that instrument.*"

¹²⁴ C. Legros (2011-2012) *op.cit.*, 735.

includes ro-ro carriage by sea¹²⁵. These possibilities illustrate clearly the weakness of the door to door approach in the Rotterdam Rules¹²⁶. Identifying the applicable legal regime in the case of a conflict between the Rotterdam Rules and specific unimodal conventions may constitute a matter of considerable uncertainty. Moreover, since the ambiguity of the rules requires national courts to determine the outcome of any such conflicts, such equivocation may further jeopardize the twin objectives of legal certainty and harmonization of sea carriage laws, given the inherent risk of inconsistent judicial interpretations between jurisdictions¹²⁷. As a result it remains necessary to continue to think about developing a true multimodal instrument, and it is understandable that European actors have expressed concern¹²⁸.

Draft of the Rotterdam Rules was circulated for comment to all members of the UN and intergovernmental organizations, they were invited to attend the meetings of the preparatory commission as observers, and that the comments received were before the commission at its forty-first session. This approach could be construed as an instrument to remove the obstacle of fail of a broad attendance to the conventions, however cannot be regarded as a definite success on the issue . Whereas, USA which is one of the leader states in the acceptance of the Rotterdam Rules and took a huge role on the preparatory process of the rules, still has not ratified the rules¹²⁹. Besides some assert that, the lack of consensus reachable by the delegations to Working Group III has not served the leading objective of

¹²⁵ E. Rosaeg (2009) *op.cit.*, 244.

¹²⁶ *Ibid.*, 239.

¹²⁷ T. Nikaki and B. Soyer (2012) *op.cit.*, 317.

¹²⁸ See W. Tetley, Address at the American Maritime Law Association, Annual Meeting: Summary of Some General Criticisms of the UNCITRAL Convention (The Rotterdam Rules) (Nov. 5, 2008), available at http://www.mcgill.ca/files/maritimelaw/Tetley-Criticism_of_RotterdamRules.pdf.

¹²⁹ More than twenty nations have formally signed the Rotterdam Rules. The next step is for the world's governments to decide that their countries should become parties to Rotterdam Rules. When twenty nations have done so, the Rotterdam Rules finally enter into force. Turkey has not neither signed nor ratified the rules. Only Spain on 19 January 2011 and Togo 17 July 2012 have ratified the rules.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

uniformity by leaving so many patches in the screen and providing piecemeal solutions to the transport users¹³⁰.

The Protocol of Signature provides that contracting states may reserve the right to prescribe that, in the cases referred to in paras. 2(c) to (p) of article 4 of the Hague Rules, the holder of the bill of lading shall be entitled to establish responsibility for loss or damage arising from the personal fault of the carrier or the fault of his servants which is not covered in paragraph (a). In many of national codes upgraded to an overriding umbrella provision providing for exoneration, and the carrier who insisted on his lack of responsibility and liability had the burden to prove no fault as provided in article 4/2(q) of the Hague Rules¹³¹. However article 29 of the Hamburg Rules declares that no reservations to the convention may be made. Besides article 90 of the Rotterdam Rules also prohibit reservations on the convention for the contracting states. It might be thought that the last obstacle in front of a uniform maritime cargo transportation regime which is the modification of the conventions through domestic legislations would be successfully removed through that article¹³² when compared with the related articles and applications of the Hague and Hague-Visby Rules. However restricting assertion of any reservation and restricting modification of a convention through domestic norms are not very similar. In the previous one the state has no right to assert any reservation to apply any of the articles of the convention in the international area. Despite that, the latter one that permits international intervention on domestic norms, which can be accepted as nearly 'utopian' when the priority of sovereignty of states principle that concedes upmost discretion to the states worldwide related with their national law has been taken into consideration.

CONCLUSIONS

Maritime cargo transportation has a huge importance in international trade. In order to establish sustainable maritime cargo transportation, the other components of the uniformity chain which are; determination and reliabil-

¹³⁰ J.M. Alcantra, 'The Rotterdam Rules. Prelude or Premonition' (2010) 2(1) Cuadernos de Derecho Transnacional 25-43.

¹³¹ A.V. Ziegler (2009) *op.cit.*, 340.

¹³² According to article 90 of the Rotterdam Rules: "No reservation is permitted to this Convention."

ity should be realized. When it is considered that a reliable transportation for the parties could only be effected when the rules that govern maritime cargo transportation are definite, it is undoubted that there is a huge need of uniform rules that regulate that mode of transportation.

Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules are the international conventions which are in effect in various countries that regulate maritime cargo transportation. However the discrepancies in between their articles, the modification on them through domestic norms and fail of a broad attendance of these conventions are the obstacles in front of a uniform maritime cargo transportation regime. Rotterdam Rules with their extreme innovative sides has been regulated in order to ensure the uniformity in this area. In the study it has been determined that the important innovative articles of the convention meet the requirements of modern commerce and transportation therefore the Rotterdam Rules are assumed as a giant step to fulfill the space that the previous conventions left blank. Besides it has been determined that article 89 of the convention, which prevents the application of Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules for the contracting state of the Rotterdam Rules is a successful article to prevent the obstacle of differing articles in between these three previous norms. On the other hand, invitation of intergovernmental organizations to the frequent meetings of the Rotterdam Rules in its preparatory process might be regarded as efforts to achieve the broad attendance on the convention. However it must be kept in mind that there is the priority of sovereignty of states principle in international law and the states have the upmost freedom to attend or not attend on the conventions through their free will. Finally article 90 of the Rotterdam Rules has prohibited the assertion of reservations on the convention, and that might be regarded as a successful attempt on ensuring uniformity until the below placed principle which also prevents any intervenes to a state's domestic law, has been taken into consideration.

It appears therefore that the provisions of the Rotterdam Rules are more complete and in line of today's requirements of the trade¹³³. However, a high consideration should be at the Prof. Sturley's determination as he declares that the Rotterdam Rules are only evolutionary and not revolu-

¹³³ F. Berlingieri (2009) *op.cit.*, 43.
YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

tionary whereas the rules modernize and update the regimes that govern the carriage of goods, filling in some of the gaps that have been identified in practice over the years, and harmonizing the governing law when possible¹³⁴.

BIBLIOGRAPHY

A.V. Ziegler, 'The Liability of the Contracting Carrier', (2009) 44 Texas International Law Journal.

B. H. Kobayashi and L. E. Ribstein, 'The Non-Uniformity of Uniform Laws', (2010) 35(2) The Journal of Corporation Law.

B. W. Yancey, 'The Carriage Of Goods: Hague, Cogsa, Visby and Hamburg', (1982–1983) 57 Tulane Law Review.

C. L. Wei, Changes in the Sea Carrier's Liability for Cargo as a Result of Containerization and Multimodalism (US and Taiwanese Law) (Canada: Montreal University, 1999).

C. Legros, 'Relations Between the Rotterdam Rules and the Convention on the Carriage of Goods by Road', (2011–2012) 36 Tulane Maritime Law Journal.

D. C. Hooper, 'Forum Selection and Arbitration in the Draft Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, or The Definition of Fora Conveniens Set Forth in Rotterdam Rules', (2009) 44(3) Texas International Law Journal.

D. Damar, 'Carrier's Liability for Passengers-Baggage', in Kerim Atamer and Duygu Damar (eds), Transport Law in Turkey, (Netherlands: Kluwer Law, 2013).

D. M. Bovio, Ocean Carriers' Duty Of Care to Cargo in Port: The Rotterdam Rules of 2009, (2008–2009) 32 Fordham Int'l L.J.

E. Rosaeg, 'Conflicts of Conventions in the Rotterdam Rules' (2009) 15(3) The Journal of International Maritime Law .

E. S. Lee, 'The Changing Liability System of Sea Carriers and Maritime Insurance: Focusing on the Enforcement of the Hamburg Rules', (2002) 15 Transnational Law.

¹³⁴ M. F. Sturley (2011) *op.cit.*, 83.

Institute of Chartered Shipbrokers, *Legal Principles in Shipping Business*, (Glasgow: Bell&Bain Ltd, 2012).

F. Berlingieri, 'Uniformity in Maritime Law and Implementation of International Conventions,' (1987) 18(3) *Journal of Maritime Law and Commerce*.

F. Berlingieri, 'The History of the Rotterdam Rules' in Meltem Deniz Güner Özbek (eds), *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (İstanbul: Springer, 2011).

F. Reynolds, 'The Hague Rules, The Hague-Visby Rules and The Hamburg Rules', (1990) 7 *MLAANZ Journal*.

F. Smeele, 'The Maritime Performing Party in the Rotterdam Rules 2009' (2010) *EJCCL*.

F. Ülgener, 'Obligations and Liabilities of the Carrier', (in M. D. Güner-Özbek (eds) *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (İstanbul: Springer, 2011).

F. W. H. Chan, 'In Search of a Global Theory of Maritime Electronic Commerce: China's Position on the Rotterdam Rules', (2009) 40(2) *Journal of Maritime Law & Commerce*.

G. V. D. Ziel, 'Chapter 10 of the Rotterdam Rules: Control of Goods in Transit', (2009a) 44(3) *Texas Law Journal*.

G.V. D. Ziel, 'Multimodal Aspects of the Rotterdam Rules', (2009b) 14 *Unif. L. Review*.

H. Karan, 'Any Need for a New International Instrument on The Carriage of Goods By Sea: The Rotterdam Rules?', (2011) 42(3) *Journal of Maritime Law and Commerce*.

H. Karan, 'Transport Documents in the Light of Rotterdam Rules in M. D. Güner-Özbek (eds) *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (İstanbul: Springer, 2011).

H. M. Kindred and M. R. Brooks, *Multimodal Transport Rules* (London: Martinus Nijhoff Publishers, 1997).

H. O. Günther and K. H. Kim, *Container Terminals and Automated Transport Systems* (Heidenberg: Springer, 2005).

J. F. Wilson, *Carriage of Goods by Sea*, (London: Pearson, 2010).

J. M. Alcantra, 'The Rotterdam Rules. Prelude or Premonition' (2010) 2(1) *Cuadernos de Derecho Transnacional*.

J. Ramberg, 'UN Convention on Contracts of Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea', (2009) *CMI Yearbook*.

K. Atamer, 'Sources of Roman Maritime Law in the Digest' (2010a) 26 (4) *Batider*.

K. Atamer, 'Construction Problems in the Rotterdam Rules Regarding the Performing and Maritime Performing Parties', (2010b) 41(4) *Journal of Maritime Law and Commerce*.

K. Atamer and C. Süzcel, 'Construction Problems in the Rotterdam Rules Regarding the Identity of the Carrier' in M. D. Güner-Özbek (eds) *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (İstanbul: Springer, 2011).

K. Atamer, *Gemi ve Uçak İpotekinin Hukuksal Temelleri* (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2012).

K. Atamer, 'Introduction' in K. Atamer and D. Damar (eds), *Transport Law in Turkey*, (Netherlands: Kluwer Law, 2013).

L. L. Burrell, 'Current Problems in Maritime Uniformity', (1992-1993) 5(1) *U. S. F. Mar. L. J.*

L. S. Pallares, 'A Brief Approach to the Rotterdam Rules: Between Hope and Dissapointment', (2011) 42(3) *Journal of Maritime Law and Commerce*.

M. D. Güner-Özbek, 'Extended Scope of the Rotterdam Rules: Maritime Plus and Conflict of the Extension with the Extensions of Other Transport Law Conventions' in M. D. Güner-Özbek (eds) *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (İstanbul: Springer, 2011).

M. Davis, 'Two views of Free In and Out, Stowed Clauses in Bills of Lading', (1994) *Australian Business Law Review*.

M. F. Sturley, 'Uniformity In The Law Governing The Carriage Of Goods By Sea', (1995) 26 *JMLC* 556.

M. F. Sturley, 'The United Nations Commission on International Trade Law's Transport Law Project: An Interim View of a Work in Progress', (2003a) 39 *Tex. Int'l. L.J.*

M. F. Sturley, 'The Treatment of Performing Parties', (2003b) CMI Yearbook.

M. F. Sturley, 'Modernizing and Reforming US Maritime Law. The Impact of the Rotterdam Rules in the United States', (2009) 44(3) Texas International Law Journal.

M. F. Sturley, 'General Principles of Transport Law and the Rotterdam Rules' in Meltem Deniz Güner Özbek (eds), The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, (İstanbul: Springer, 2011).

M. Hoeks, Multimodal Transport Law, (Netherlands: Kluwer Law, 2010).

M. Levinson, The Box: How The Shipping Container Made The World Smaller And The World Economy Bigger (Princeton: Princeton University Press, 2008).

M. Peters, 'Jurisdiction and Multimodal Transportation: Bringing Uniformity of Carriage of Goods by Sea to the Shores of the United States', (2008-2009) 17(3) Michigan State Journal of International Law.

P. Delebecque, 'The UNCITRAL Draft Instrument on the Carriage of Goods by Sea' (2003) CMI Yearbook.

P. J. S. Griggs, 'Obstacles to Uniformity of Maritime Law The Nicholas J. Healy Lecture', (2003) 34(2) Journal of Maritime Law and Commerce 198-208.

P. K. Mukherjee and B. A. Bal, 'A Legal and Economic Analysis of the Volume Contract Concept Under the Rotterdam Rules: Selected Issues in Perspective', (2009) 40 (4) Journal of Maritime Law & Commerce.

R. D. Peltz, 'The Myth of Uniformity in Maritime Law', (1996-1997) 21 Tulane Maritime Law Journal.

R. G. Bauer, 'Conflicting Liability Regimes: Hague-Visby v. Hamburg Rules-A Case by Case Analysis', (1993) 24 (1) Journal of Maritime Law and Commerce.

R. Kender, E. Çetingil and E. Yazıcıoğlu, Deniz Ticaret Hukuku (Temel Bilgiler) (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2012).

R. Konings, H. Priemus and P. Nijkamp, The Future of Intermodal Freight Transport (Cornwall: Edward Elgar, 2008).

R. Thomas, 'An Appraisal of Diamond, The Rotterdam Rules' (2009) LMCLQ.

S. Ünan, 'The Scope of Application of the Rotterdam Rules and Freedom of Contract' in M. D. Güner-Özbek (eds) *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (İstanbul: Springer, 2011).

S. Zunarelli, 'The Carrier and the Maritime Performing Party in the Rotterdam Rules' (2009) *Uniform Law Review*.

T. Aladwani, 'The Supply of Containers and "Seaworthiness"-The Rotterdam Rules Perspective', (2011) 42(2) *Journal of Maritime Law and Commerce*.

T. Fujita, 'The Comprehensive Coverage of the New Convention: Performing Parties and the Multimodal Implications' (2009) 44 *Texas International Law Journal*.

T. Fujita, 'Obligations and Liabilities of the Shipper' in M. D. Güner-Özbek (eds) *The United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, (İstanbul: Springer, 2011) 140.

T. Nikaki, 'Conflicting Laws in "Wet" Multimodal Carriage of Goods: The UNCITRAL Draft Convention on the Carriage of Goods [Wholly or Partly] [by Sea]', (2006) 37(4) *Journal of Maritime Law & Commerce*.

T. Nikaki, 'The Carrier's Duties Under the Rotterdam Rules: Better the Devil You Know?', (2010) 35(1) *Tulane Maritime Law Journal*.

T. Nikaki, and B. Soyer, 'A New International Regime for Carriage of Goods by Sea: Contemporary, Certain, Inclusive And Efficient, or Just Another One for the Shelves?', (2012) 30(2) *Berkeley Journal of International Law*.

_____, 'Uniformity in the Maritime Law', (1924) 37(8) *Harvard Law Review*.

T. R. Leinbach and C. Capineri, *Globalized Freight Transport*, (USA: Edward Elgar, 2007).

UNCTAD, *The Economic and Commercial Implications of Entry Into Force of The Hamburg Rules and The Multimodal Transport Convention*, TD/B/C.4/315/Rev.1 (1991)

UNCTAD, Carrier Liability and Freedom of Contract under the UNCITRAL Draft Instrument on the Carriage of Goods [Wholly Or Partly] [By Sea], UNCTAD/SDTE/TLB/2004/2 (2004).

UNCITRAL, 35th Sess., UN Doc. A/CN.9/510 (2002) (Ninth Session Working Group Report) at:

<http://www.uncitral.org/english/sessions/unc/unc-35/510e.pdf>.

UNCITRAL Note by the Secretariat, document A/CN.9/WG.III/WP.29.

W. Coffey, 'Multimodalism and The American Carrier', (1989-1990) 64 Tulane Law Review.

W. Tetley, Marine Cargo Claims (Canada: Thomson-Carswell, 2008).

GÖNÜLLÜ VAZGEÇME DÜZENLEMESİ GEREKLİ MİDİR?

(IS THERE A NEED FOR REGULATION OF RENUNCIATION IN THE AREA OF
CRIMINAL LAW?)

Yard. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Güçlü AKYÜREK*

ÖZET

Bu çalışmada Ceza Hukuku'ndaki gönüllü vazgeçme kurumu ele alınmaktadır. Kurumun amacı ve koşulları, karşılaştırmalı hukukla birlikte sunulduktan sonra mevcut teşebbüs ve iştirak maddelerinin ve kurumun temelinin ışığında, ayrı bir gönüllü vazgeçme düzenlenmesine neden gerek olmadığı açıklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gönüllü vazgeçme, teşebbüs, iştirak, icra hareketleri.

ABSTRACT

This study deals with the concept of renunciation in the area of Criminal law. After presenting its purpose and conditions with a comparative law perspective, the reason for the unnecessity to have a special regulation on renunciation in the light of this criminal attempt and complicity rules will be explained.

Keywords: Renunciation, criminal attempt, complicity, acts of execution.

* MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi,
e-posta: gucluakyurek@yahoo.com

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen 'gönüllü vazgeçme' kurumu, geleneksel olarak teşebbüs konusunun bir devamı olarak ele alınmakta ve 'kişisel bir cezazırlık' hali olarak adlandırılmaktadır¹. Madde gerekçesinde 'modern suç politikasının temel araçlarından biri' şeklinde gösterilen söz konusu klasik ceza hukuku kurumunun birçok eski ve yeni ceza yasında düzenlemesi bulunmaktadır. En yakın ve bildik örnekler olarak hem mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu hem de yürürlükteki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu gösterilebilir.

Birincisinin, o zamanki 'eksik teşebbüs' düzenlemesini içeren 61. maddesinin son fıkrası: "*Müteşebbis, cürmün ef'ali icraiyesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır*" sözleri ile gönüllü vazgeçme kurumuna değinmekteydi. Mevcut yasanın 36. maddesi de, kısmen benzer bir yaklaşımla, "*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suçta ait ceza ile cezalandırılır*" demektedir.

Kurumu önce dayandığı teoriler ve koşullarıyla açıklayıp daha sonra teşebbüs ve iştirak düzenlemeleri ile olan bağlantısından hareketle başlık-taki soruya bir yanıt getirmek yerinde olacaktır.

I – Gönüllü vazgeçmeyi açıklayan teoriler

Daha çok Alman öğretisi kökenli çok sayıda teori ileri sürülmüştür. Örneğin sübjektif teoriler denen ve faili esas alanlardan 'iptal teorisi' uyarınca manevi unsur ortadan kalktığı ve yalnızca maddi unsurla cezalandırma söz

¹ Bununla birlikte daha çok bir Kıta Avrupa'sı kurumu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira geleneksel İngiliz ve Amerikan hukukları gönüllü vazgeçmeyi kural olarak reddetmekte, bazı federe veya federal hukuk hükümleri ise çok sınırlı koşullarda uygulanmasını sağlamaktadır. Örneğin New York Ceza Kanunu m. 40.10 ve federal düzeyde 18 USC § 373. Ayrıntılı bilgi için bkz. Catherine Elliot – Frances Quinn, *Criminal Law*, 3rd ed., Essex, 2000, s. 194; Michael Jefferson, *Criminal Law*, 4th ed., Essex, 2000, s. 365; Richard G. Singer – John Q. LaFond, *Criminal Law*, New York, 1997, s. 292-293; Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 2nd ed., Oxford, 1995, s. 464-465.

konusu olmadığından gönüllü vazgeçme cezalandırılmaz². Ancak bu anlayıştan hareketle gönüllü vazgeçme bir cezasızlık sebebi değildir, zira ortada zaten cezalandırılabilir bir eylem yoktur. Oysa diğer sübjektif teori olan ‘kastın zayıflığı teorisinde’ ise kast zayıfladığı için teşebbüs derecesinde cezalandırılabilir bir eylem bulunmamaktadır³. Benzer yöndeki diğer sübjektif teoriler ise; icra hareketlerine başladıktan sonra vazgeçen failin iradesinin bulunmadığını kabul eden ‘butlan teorisi’ ile yine aynı şekilde failin iradesinin suçu tamamlamaya yönelik olmadığını savunan ‘karine teorisidir’⁴. Objektif teorilere göre fail icradan vazgeçip iz ve eserleri yok ettiğinde artık ortada kurala aykırılık bulunmadığından eylem cezalandırılmayacaktır⁵.

Diğer yandan Von Liszt’in bu alandaki ünlü ‘altın köprü teorisi’ (“*Theorie von der goldenen Brücke*”) uyarınca suç yoluna giren faile, gönüllü vazgeçme düzenlemesi ile vazgeçmesi için ‘altın köprü’ kurulmakta yani olanak sağlanmaktadır. Zira vazgeçse de vazgeçmese de cezalandırılacak olan fail, kendi isteğiyle vazgeçmeyecektir ve Alman İmparatorluk Mahkemesi içtihadı da bu anlayışı izlemiştir. Oysa bu teori haklı olarak eleştirilmiştir, çünkü geçerli olması için öncelikle sıradan kişilerin bu kuralları bilmesi gerekmektedir, ama bu pek de olanaklı değildir⁶. Her ne kadar ceza siyaseti bakımından cezalandırılmayacağını bilen failin, suçu tamamlamaktan vazgeçeceği ileri sürülse de⁷, bu alanda yapılan araştırmalar, cezasızlık sebebinin hemen hiç etkili olmadığını, suç yoluna giren faillerin bambaşka gerekçelerle vazgeçtiğini ortaya koymaktadır⁸. Bu teorisinin kaynağı olan Feuerbach’ın ‘psikolojik zorlama teorisi’ uyarınca amaç kişi-

² M. Emin Artuk, *Suçun Özel Görünüş Şekilleri, Ceza Hukuku El Kitabı*, İstanbul, 1989, s. 250.

³ Ibid.

⁴ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, 2012, s. 444.

⁵ Timur Demirbaş, a.g.e., s. 444-445; M. Emin Artuk, a.g.e., s. 250.

⁶ Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin, 1972, s. 406.

⁷ Carlo Erra, *Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme*, İHFM, C. 10, 1945, s. 687.

⁸ Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, İstanbul, 1994, s. 238.

yi suçtan caydırmaktır ve vazgeçen fail de caymış olacağından artık cezalandırmak gereksizdir⁹.

Yukarıdaki iki teori gibi suç politikasına dayanan bir diğer teori de ‘af teorisi’ (“*Gnadentheorie*”). Böylece gönüllü vazgeçen fail, suçun zararlı etkisini kaldırmakta ve affedilmeyi hak etmektedir¹⁰. Zaten suç politikasına, bir başka deyişle cezanın amacına dayanan tüm bu teorilerde (“*Strafzwecktheorie*”) failin, icra hareketlerini sonuna kadar götürüp zararlı neticeyi oluşturmamaya yönelik iradesi esas alınır ve böylece Ceza Hukuku’nda her zaman var olan hem genel önleme hem de özel önleme amacına hizmet edilmiş olur. Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin yeni içtihadı bu yönde olmakla birlikte genel olarak öğretisi de bu görüşü savunmaktadır¹¹. Fransız öğretisinde de yasakoyucunun önleyici politikası gereği, suçun işlenmemesini sağlaması gerektiğine vurgu yapılmaktadır¹². Hatta 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun örnek aldığı İtalyan Ceza Kanunu’nun mimarı olan, dönemin Adalet Bakanı Zanardelli de aynı şekilde kişileri suç işlemekten vazgeçirmenin, yasakoyucunun görevi olduğuna işaret etmiş ve bunun “suçlularla uzlaşma” anlamına gelmediğini belirtmiştir¹³. Diğer yandan bugünkü madde gerekçesinde de suç politikasına gönderme yapılırken, Türk Anayasa Mahkemesi de ilk derece mahkemesinin itiraz yolu ile önüne getirdiği 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 36 ile ilgili tartışmasında genel ve özel önleme amaçlarına değinerek ‘gönüllü vazgeçme’ düzenlemesinin suç politikasının bir sonucu olduğunu belirtmiş, itirazı reddetmiştir¹⁴.

Teoriler bağlamında son olarak değinilebilecek olan pozitivistler de temel anlayışları gereği ‘tehlikesizlik teorisine’ dayanmışlar ve gönüllü

⁹ Timur Demirbaş, a.g.e., s. 445.

¹⁰ Hans-Heinrich Jescheck, a.g.e., s. 407; M. Emin Artuk, a.g.e., s. 251.

¹¹ Hans-Heinrich Jescheck, a.g.e., s. 407; Timur Demirbaş, a.g.e., s. 445; Adem Sözüer, a.g.e., s. 246; Johannes Wessels, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 15. Auflage, Heidelberg, 1985, s. 175.

¹² Wilfrid Jeandidier, *Droit pénal général*, 2^e éd., Paris, 1991, s. 248. Aynı yönde bkz. Christiane Hennau – Jacques Verhaegen, *Droit pénal général*, Bruxelles, 2003, s. 183-184.

¹³ Carlo Erra, a.g.e., s. 683.

¹⁴ AYM E. 2005/75, K. 2008/1, T. 3.1.2008, RG. 30.1.2008, www.kazanci.com (11.3.2013)

vazgeçen failin tehlikesiz bir kişi olmasından hareketle cezalandırılmaması gerektiği sonucuna varmışlardır¹⁵.

II – Gönüllü vazgeçmenin koşulları

Ülkelerin ulusal mevzuatlarında gönüllü vazgeçme kurumunun koşulları az veya çok farklılıklar gösterse de genellikle birbirine benzerdir. Temel olarak Türk Ceza Hukuku ve 5237 sayılı yasanın 36. maddesi, öğretinin ve içtihadın ışığında şu koşulları ortaya koymaktadır:

A) İcra hareketlerine başlanmış olmalıdır¹⁶: Kurum maddede “*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer...*” biçiminde tanımlandığı için icra hareketlerine başlanmış olması gerektiği açıktır. Yasallık ilkesine ek olarak hazırlık hareketlerinin ceza hukukunda, kural olarak, cezalandırılmadığı düşünüldüğünde de aynı sonuca kendiliğinden ulaşılmaktadır. Zira gönüllü vazgeçme, ‘bir kişisel cezasızlık sebebi’ olarak kabul edildiğinden¹⁷, aslında cezalandırılması gereken ve fakat suç politikası gereği cezalandırılmayan bir durumdur ve doğası gereği cezalandırılmayan hazırlık hareketlerine genişletilmesi zaten söz konusu olmamaktadır.

Gönüllü vazgeçmenin söz konusu koşulu, hazırlık hareketleri – icra hareketleri ayırımına dair tartışmalar¹⁸ dışında herhangi bir tartışma yaratmamaktadır.

B) Vazgeçme gönüllü olmalıdır: Bu koşul, gönüllü vazgeçmenin geçerli olduğu hemen her hukuk sisteminde var olmakla birlikte¹⁹ en sorunsal koşulu oluşturmaktadır. Zira teşebbüsün, ‘suçun failin elinde olmayan ne-

¹⁵ Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. I, 14. Bası, İstanbul, 1997, s. 444; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara, 2012, s. 309.

¹⁶ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 3. Bası, Ankara, 2008, s. 241; YCGK E. 2011/1-692, K. 2012/60, T. 28.2.2012, www.kazanci.com (11.3.2013)

¹⁷ Carlo Erra, a.g.e., s. 717; Hans-Heinrich Jescheck, a.g.e., s. 414; M. Emin Artuk, a.g.e., s. 250; Doğan Soyaslan, a.g.e., s. 314; Mahmut Koca – İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara, 2012, s. 378-379.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Timur Demirbaş, a.g.e., s. 434 vd.; Adem Sözüer, a.g.e. s. 194 vd.; Murat Kayançiçek, Suça Teşebbüs, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/157.doc (11.3.2013)

¹⁹ Gönüllü vazgeçme Almandaca “*freiwillige Rücktritt*”, Fransızca “*désistement volontaire*”, İngilizcede ise “*voluntary renunciation*” olarak ifade edilmektedir.

denlerle tamamlanamaması halini' ifade edip cezalandırıldığı bir sistemde, failin 'gönüllü' olarak vazgeçmesinin iyi belirlenmesi gerekmektedir²⁰.

İlk önce hemen hemen oybirliği ile kabul edilen bir noktayı açıklamak gerekmektedir. O da vazgeçmenin, failin kendi iradesine dayanmasının gerekmesine karşın bunun mutlaka ahlaki, etik nedenlere dayanmasının aranmadığıdır²¹. Bu bağlamda vazgeçmenin gönüllü olmasının yeterli olduğu, adalet sisteminin, insan hareketlerinin kanıtlanması da çok zor olan derin nedenlerini araştırması gerekmediği uzun yıllardır belirtilmektedir²². Hatta Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 1969 tarihli bir kararında "samimi bir pişmanlık olmasa dahi" gönüllü vazgeçmenin varlığını kabul etmiştir²³.

Bu derecede 'ahlaki' olmasa da vazgeçmenin hangi hallerde gönüllü olacağı konusunda Türk öğretisinde genel olarak kabul gören görüş, ünlü yazar Frank'ın ifade ettiği ve failin "icra hareketlerini devam ettirip suçu tamamlayabilecek durumdayım ama bunu istemiyorum" dediği durumdur²⁴. Ancak bu görüşü 'psikolojik değerlendirme' olarak adlandırıp eleştiren ve failin somut koşullar içerisinde yakalanmayı göze alamadığı halleri de gönüllü olmayan vazgeçme olarak kabul eden 'normatif değerlendirmeyi' benimseyen yazarlar da vardır²⁵. Öte yandan bir diğer görüşe göre ise manevi anlamda failin iradesini zorlayan etkenler olmakla birlikte aslında suçu tamamlamasını engelleyen maddi sebepler yoktur. Bu nedenle vazgeçmenin gönüllü olduğunun kabulü gerekmektedir²⁶.

²⁰ Johannes Wessels, a.g.e., s. 180.

²¹ Hans-Heinrich Jescheck, a.g.e., s. 410; Yazar, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin içtihadının da bu yönde olduğunu belirtmektedir; Doğan Soyaslan, a.g.e., s. 311

²² Carlo Erra, a.g.e., s. 683. Yazar; merhamet, suç işlemeyi erteleme, ceza korkusu gibi nedenlerin hepsinin gönüllü vazgeçmede geçerli olduğunu belirtmektedir s. 700-701.

²³ Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, a.g.e., s. 448.

²⁴ Timur Demirbaş, a.g.e., s. 446-447; M. Emin Artuk, a.g.e., s. 251; Veli Özer Özbek – M. Nihat Kanbur – Pınar Bacaksız – Koray Doğan – İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2010, s. 451; Murat Kayaççiçek, a.g.e.

²⁵ Adem Sözüer, a.g.e., s. 248-249.

²⁶ Carlo Erra, a.g.e., s. 702-707. Yazar bu durumu, "coacta voluntas tamen est voluntas" ("zorlanmış irade gene de iradedir") sözüyle açıklamaktadır s. 708.

Yazarların örneklerine ve yerli ya da yabancı mahkeme içtihatlarına bakıldığında, somut olayın koşulları da dikkate alınarak şu hallerin gönüllü vazgeçme oluşturduğu görülmektedir:

- Failin, adam öldürmek için silah alıp pusu yerine giderken vazgeçip geri dönmesi²⁷ ya da mağdurun başına silah dayayıp, yalvarması üzerine öldürmemesi²⁸,

- Failin, suç mağdurunu kaçırabilecek durumda olmasına karşın gerçekleştirilmekten vazgeçmesi²⁹,

- Evdeki bir eylemde mağdurun bağırmasına karşın suçu tamamlayabilecek failin vazgeçmesi³⁰,

- Suç işlemenin verdiği korku ile vazgeçme³¹,

- Cinsel saldırı suçlarında mağdurun direnmesi veya isteksizliğinin aşılabilir engeller olmadığı hallerdeki vazgeçme³²,

- Üçüncü bir kişinin hiçbir maddi zorlamada bulunmaksızın faili, suçu tamamlamaktan vazgeçme konusunda ikna etmesi³³.

Hatta İsviçre Federal Mahkemesi, failin önce suç oluşturan neticeyi kabullenip daha sonra pişmanlık veya ceza korkusu nedeniyle kusurlu eylemden vazgeçmesi halinde olası kast ile gönüllü vazgeçmenin birleşebileceğini kabul etmiştir³⁴.

²⁷ Veli Özer Özbek – M. Nihat Kanbur – Pınar Bacaksız – Koray Doğan – İlker Tepe, *a.g.e.*, s. 452.

²⁸ Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 241; Benzer bir İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. 6P_206/2006 9.2.2007, www.swisslex.ch (29.3.2013)

²⁹ YCGK 27.6.2000 tarihli kararı bkz. Timur Demirbaş, *a.g.e.*, s. 446. Yine Yargıtay'ın suçun tamamlanmasını engelleyen bir dış nedenin yokluğu halinde gönüllü vazgeçmenin tartışılması gerektiğine dair kararı için Y. 6. CD. E.2004/4742 K.2006/4476 T. 2.5.2006 bkz. Haydar Metiner – E. Ahsen Koç, 5237 sayılı TCK Genel Hükümler, C. I, Ankara, 2008, s. 1098.

³⁰ YCGK 16.12.1991 tarihli kararı bkz. Hakan Hakeri, *a.g.e.*, s. 243.

³¹ Wilfrid Jeandidier, *a.g.e.*, s. 249; Jean Pradel, *Droit pénal général*, 14^e éd., Paris, 2002, s. 351.

³² YCGK E. 1990/5-101 K.1990/26 T. 4.6.1990 ve Y. 5. CD. E.2002/5031 K.2003/2792 T. 2.5.2003 bkz. Haydar Metiner – E. Ahsen Koç, *a.g.e.*, s. 1094 ve s. 1098; Yine aym yönde YCGK E. 2005/5-34, K. 2005/54, T. 24.5.2005, www.kazanci.com (18.3.2013)

³³ Fransız Yargıtayı Ceza Dairesi, 20 Mart 1974: Bull. crim. n.124; D. 1974. Somm. 56; Gaz. Pal. 1974. 1. 449; RS crim. 1974. 575, obs. Larguier.

³⁴ 6B_996/2009 15.3.2010, www.swisslex.ch (29.3.2013)

Şu hallerde ise vazgeçmenin gönüllü olmadığı, dolayısıyla da teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği belirtilmektedir:

- Öncelikle kast edilen suçun konusuna ulaşılamaması yani nispi imkânsızlık halinde gönüllü vazgeçmeden söz edilemez, örnek olarak da bir mücevheri çalmak için eve giren failin tüm aramalarına karşın bulamaması ve evden eli boş ayrılması olayı verilebilir³⁵.

- Yine bir diğer klasik örnek olarak, failin somut olayda yakalanma ve cezası korkusunu göze alamadığı için devam edememesi halinde vazgeçmenin gönüllü olmadığı adeta oybirliği ile kabul edilmektedir³⁶.

- Failin, başkasının yani üçüncü bir kişinin ya da kolluk görevlisinin müdahalesi üzerine suçu tamamlayamaması halinde de gönüllü bir vazgeçmenin söz konusu olamayacağı son derece açıktır³⁷. Örneğin Yargıtay kararına konu olan olayda gece bir konuta giren failin, ev sahibine yakalanınca “ev arıyordum” deyip kaçması, gönüllü vazgeçme oluşturmaz³⁸.

- Failin başta öngördüğü engeller dışında çıkan engellerin vazgeçmeye yol açması veya failin suçu tamamladığını sanarak hataya düşüp hareketlerine devam etmemesi hallerinde de gönüllü vazgeçme yoktur³⁹. Zira fail, kendi özgür iradesiyle suçu tamamlamaktan vazgeçmiş değildir. Nitekim Yargıtay, “gönüllü vazgeçme, icranın bitmesine sadece failin iradesiyle engel olması halinde söz konusudur” diyerek, mağdurun failden daha güçlü olup silahı elinden alarak suçu tamamlamasını engellediği

³⁵ Timur Demirbaş, a.g.e., s. 446; Aynı yönde Mahmut Koca – İlhan Üzülmez, a.g.e., s. 383 ve Hans-Heinrich Jescheck, a.g.e., s. 409-410: Yazar, Alman İmparatorluk Mahkemesi ile Federal Yüksek Mahkeme içtihadının da bu yönde olduğunu belirtmektedir. Ayrıca çalınmak istenen domuz sürüsünün girilemez bir ormana kaçması nedeniyle suçun imkansız hale gelmesi olayında gönüllü vazgeçme değil teşebbüsün olduğuna hükmeden İtalyan Yargıtay kararı için bkz. Doğan Soyaslan, a.g.e., s. 310-311.

³⁶ Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, a.g.e., s. 449; Hakan Hakeri, a.g.e., s. 242

³⁷ Fransız Yargıtayı Ceza Dairesi'nin 2 Şubat 1961 tarihli kararı için bkz. Jean Pradel, a.g.e., s. 351; Wilfrid Jeandidier, a.g.e., s. 249; ayrıca kimi yazarlar da “dış etkenler” ve “müdahalelerin” vazgeçmenin gönüllü olmasını engelleyeceğini belirterek bu duruma işaret etmektedirler bkz. Doğan Soyaslan, a.g.e., s. 309-310 ve Carlo Erra, a.g.e., s. 704-706.

³⁸ Y. 6. CD. E. 2008/2496, K. 2009/14265, T. 3.11.2009, www.kazanci.com (18.3.2013)

³⁹ İlgili 2000 tarihli bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı için bkz. Mahmut Koca – İlhan Üzülmez, a.g.e., s. 383; Christiane Hennau – Jacques Verhaegen, a.g.e., s. 184.

olayda gönüllü vazgeçmenin olmadığını, haklı olarak belirlemiştir⁴⁰. Benzer biçimde yine Yargıtay'a göre, bıçakladığı mağdurun öldüğünü sanıp giden failin eylemi gönüllü vazgeçme oluşturmaz⁴¹.

C) Fail, ya icra hareketlerini bitirmekten vazgeçmeli ya da icra hareketlerini bitirdiyse neticenin gerçekleşmesini engellemelidir: 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde gönüllü vazgeçme düzenlemesi, eksik teşebbüsle ilgili 61. maddede yer aldığından yalnızca eksik teşebbüs bakımından, bir başka deyişle icra hareketlerinin henüz bitmediği aşamada uygulanabilir olarak kabul ediliyordu⁴². Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu eksik-tam teşebbüs ayırımını kaldırdığından hareketle gönüllü vazgeçmenin uygulanma alanını eskiden etkin pişmanlık (faal nedamet) hükümleri uygulanan alanı da kapsayacak şekilde genişletmiş, bu kavramı ise suçun tamamlanmasından sonrası için geçerli hale getirmiştir (örneğin TCK m. 93, 168 ve 254). Fransız Ceza Hukuku da kavramsal olarak aynı anlayışı benimsenmiştir⁴³. Ancak İtalyan Ceza Kanunu halen, icra hareketlerinden sonraki vazgeçmeyi, aktif pişmanlık olarak kabul etmektedir⁴⁴.

O halde şimdiki düzenlemede, madde gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, failin icra hareketlerini tamamlamadığı durumda yalnızca kendi özgür iradesiyle vazgeçip hareketlerine devam etmemesi yeterli iken icra hareketlerini tamamladığı zaman "bir çaba göstererek" ya da "aktif bir eylemde bulunarak" neticenin gerçekleşmesini engellemesi gerekmektedir⁴⁵. Ancak gönüllü vazgeçmenin, etkin pişmanlığı da kapsayacak biçimde genişletilmesi ve teşebbüste terk edildiği söylenen eksik-tam ayırımının 36. madde aracılığıyla zorunlu olarak geri getirilmesi eleştirilmektedir⁴⁶.

⁴⁰ YCGK E. 2000/6-133 K.2000/138 T. 27.6.2000 için bkz. Nihat Meydan – Fadime Yapa, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, C.I, İstanbul, 2004, s. 447-450.

⁴¹ YCGK E. 1984/1-249 K.1985/112 T. 4.3.1985 için bkz. Doğan Soyaslan, a.g.e., s. 312.

⁴² Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, a.g.e., s. 447. Aksi görüş için bkz. Adem Sözüer, a.g.e., s. 242.

⁴³ Jean-Claude Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, 11^e éd., Paris, 1994, s. 89; Wilfrid Jeandidier, a.g.e., s. 248.

⁴⁴ Doğan Soyaslan, a.g.e., s. 307-308.

⁴⁵ Hakan Hakeri, a.g.e., s. 243; Veli Özer Özbek – M. Nihat Kanbur – Pınar Bacaksız – Koray Doğan – İlker Tepe, a.g.e., s. 451; Hans-Heinrich Jescheck, a.g.e., s. 408 ve s. 411; Adem Sözüer, a.g.e., s. 249-250.

⁴⁶ Murat Kayaççek, a.g.e.

Hatta öğreti ve uygulamanın göz ardı edilerek, “hiçbir inandırıcı gerekçe göstermeksizin” Alman Ceza Kanunu’nun 24. maddesinin temel alındığı savunulmaktadır⁴⁷.

Yargıtay ise icra hareketlerini tamamlayan failin, daha sonra netice- nin gerçekleşmemesi için çaba göstermesi halinde gönüllü vazgeçmenin mutlaka düşünülmesi gerektiğine karar vermektedir. Örneğin, failin mağ- duru önce yaralayıp sonra pişman olarak arabasına alıp hastaneye götüre- rek tedavi olmasını sağlamasında bu yönde karar veren 1. Ceza Dairesi, birkaç ay sonra da failin yine mağduru önce yaralayıp sonra hastaneye yetiştirmesinde adam öldürmeye teşebbüs değil yaralama hükümlerinin geçerli olabileceğini belirtmiştir⁴⁸.

D) Gönüllü vazgeçilen dışında suç oluşturan eylemler cezalandırılır: Tıpkı 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 61. maddesi gibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 36. maddesi de gönüllü vazgeçilen suçtan dolayı ilgili faile ceza verilmemesini⁴⁹ ancak tamamlanan hareketlerin başka suçlar oluşturmaları halinde, onlara ilişkin cezaların uygulanacağını öngörmekte- dir. Söz konusu kural, daha çok, suç politikası bağlamında açıklanmakta ve gönüllü vazgeçmede diğer eylemlerin de cezalandırılmaması halinde suç oluşturan eylemi tamamlayan her bir failin, başka bir suçu işlemeyi kast ettiği ama vazgeçtiği savunmasıyla karşı karşıya kalınması ve failin cezalandırılmaması riski bulunduğu savunulmaktadır⁵⁰.

Söz konusu kural, öncelikle “geçitli suçlarda” önem kazanmaktadır. Nitekim yukarıda değinilen ve failin mağduru önce öldürme kastıyla yara- layıp sonra da kendi aracısıyla hastaneye götürüp tedavi ettirdiği davalara ilişkin 2007 tarihli Yargıtay 1. Ceza Dairesi kararlarında, gönüllü vazgeç- me nedeniyle adam öldürmeye teşebbüs değil ve fakat kasten yaralama

⁴⁷ Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 2. Bası, Ankara, 2010, s. 342.

⁴⁸ Y. 1. CD. E. 2006/2529 K.2007/3574 T. 9.5.2007 ve Y. 1. CD. E.2007/5320 K.2007/8627 T. 21.11.2007 bkz. Haydar Metiner – E. Ahsen Koç, *a.g.e.*, s. 1095 ve s. 1098.

⁴⁹ Gönüllü vazgeçmenin bir kişisel cezasızlık sebebi olarak kabulü durumunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223/4-b maddesi gereğince beraat değil “ceza verilmesine yer olmadığına dair karar” verilmesi gerekmektedir. Bkz. karşı oy yazısı, Y. 10. CD. E. 2004/4963, K. 2005/15429, T. 14.11.2005, www.kazanci.com (18.3.2013)

⁵⁰ Carlo Erra, *a.g.e.*, s. 719; Doğan Soyaslan, *a.g.e.*, s. 313

nedeniyle hüküm kurulabileceği belirtilmiştir. Ancak bu anlayışı eleştiren görüşler de vardır. Zira failin kastı aslında adam öldürmeye yöneliktir ama gönüllü vazgeçme gereği bu suçtan hüküm kurulamamaktadır. Tamamlanmış eylem ise yaralama olmakla birlikte failin kastı bu yönde değildir⁵¹.

Bunun yanında elbette geçitli olmayan suçlar açısından da gönüllü vazgeçme, etki doğurur. En klasik iki örnekten biri olarak failin öldürmek kastıyla silahını çekip daha sonra vazgeçmesi halinde adam öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmamasına karşın, silahın ruhsatsız olması karşısında 6136 sayılı yasaya muhalefetten cezalandırılmasıdır⁵². Aynı biçimde hırsızlık için kilidi kırarak işyerine giren failin daha sonra vazgeçmesi durumunda mala zarar verme suçundan sorumluluğu devam edecektir⁵³. İkinci örnekte mala zarar verme suçu, hırsızlık suçunun bir ağırlaştırıcı sebebi olduğundan (TCK m. 142/1-b), bileşik suç söz konusudur (TCK m. 42). Öğretide de vazgeçme durumunda bileşik suçun “çözüldüğü” ve her suçun “bağımsız” bir nitelik kazandığı belirtilmektedir⁵⁴. Böylece somut örnekte vazgeçilen hırsızlık suçu açısından cezalandırılmayan fail, artık bağımsız olan mala zarar verme suçunu bütün unsurlarıyla tamamlamış olduğundan suçun tam cezasıyla karşı karşıya kalmaktadır.

E) İştirak halinde işlenen suçlarda yalnızca gönüllü vazgeçen şerik ceza almaz: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “iştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme” başlıklı 41. maddesinin 1. fıkrasında yer alan bu kural, aslında “bağlılık kuralı” başlıklı 40. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinden de çıkmaktadır. Zaten gönüllü vazgeçmenin bir kişisel cezasızlık sebebi olarak kabul edildiği durumda varılabilecek tek sonuç da budur.

Öte yandan vazgeçmenin geçerli olabilmesi için failer arasında, ister istemez, farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle asli fail açısından yani suç oluşturan eylemi bizzat gerçekleştiren kişi açısından, yukarıdaki açıklamaların ışığında icra hareketlerinden vazgeçmesi ya da icra hareketlerini eğer tamamlamış ise “aktif bir çaba” ile neticenin oluşmasını engellemesi yeter-

⁵¹ Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, a.g.e., s. 343.

⁵² Timur Demirbaş, a.g.e., s. 447; Veli Özer Özbek – M. Nihat Kanbur – Pınar Bacaksız – Koray Doğan – İlker Tepe, a.g.e., s. 452.

⁵³ Y. 6. CD. E. 2004/722, K. 2006/1709, T. 23.2.2006, www.kazanci.com (18.3.2013)

⁵⁴ Doğan Soyaslan, a.g.e., s. 313.

lidir. Oysaki diğer suç ortaklarının (azmettiren veya yardım eden) yalnızca vazgeçmeleri yetmemekte, hareketlerinin nedensellik bağı, dolayısıyla da etkisini tamamen ortadan kaldırmaları aranmaktadır⁵⁵. “Ciddi gayret” olarak adlandırılan çaba için verilen örnekte, hırsızlık suçunda gözcülük yapan kişinin, diğer suç ortaklarına haber versin ya da vermesin, gözcülükten vazgeçip gitmesi yeterli görülmemekte, kolluk güçlerine veya mağdura haber vermesi istenmektedir⁵⁶. Hatta bir başka görüşe göre daha da ağır bir koşul ileri sürülmekte ve failin kendisi gitse bile katkısı sürdüğü süreçte gönüllü vazgeçmiş sayılamayacağı, bu yüzde de “nedensel katkısını ortadan kaldırması gerektiği” söylenmektedir⁵⁷.

Buna ek olarak ilgili 41. maddenin 2. fıkrası ile iştirak halinde işlenen suçlardaki gönüllü vazgeçmenin kapsamı genişletilmiştir. Böylece yukarıda değinilen çabayı gösteren fail, suçun işlenmesi başkaca bir nedenle engellenesi durumunda (TCK m. 41/2-a) ya da suçun yine de işlenmesi durumunda (TCK m. 41/2-b) gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Dolayısıyla vazgeçtiği suçtan ceza almazken, eğer başka suç işlediyse bundan cezalandırılacaktır⁵⁸. Öte yandan ilk halde vazgeçen suç ortağının mutlaka nedensel katkısını gidermesi gerektiği, ikinci durumda da vazgeçen suç ortağının nedensel katkısının etkileri tamamlanmışsa ya da halen daha devam ediyorsa artık gönüllü vazgeçmenin söz konusu olmayacağı savunulmaktadır⁵⁹.

III – Gönüllü vazgeçme hükmüne gerek var mı?

Yukarıda koşulları ve sonuçları açıklanan gönüllü vazgeçme kurumu, doğası gereği icra hareketlerinin başlamasından sonraki bir aşamada geçerlidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümler kitabına bakıldığında ise biri teşebbüsten sonraki (m.36) diğeri de iştirak bölümünde (m.

⁵⁵ Timur Demirbaş, a.g.e., s. 494-495; Carlo Erra, a.g.e., s. 717-718.

⁵⁶ Vesile Sonay Evik, *Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu*, 2. Baskı, İstanbul, 2011, s. 302.

⁵⁷ Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, a.g.e., s. 365. Böyle bir koşulun yasadâ bulunmadığı hakkında bkz. Vesile Sonay Evik, a.g.e., s. 303-304.

⁵⁸ Mahmut Koca – İlhan Üzülmöz, a.g.e., s. 428.

⁵⁹ Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, a.g.e., s. 366-367.

41) olmak üzere iki yerde düzenlendiği görülmektedir. O halde bu hükümler çerçevesinde söz konusu düzenlemenin gerekliliği tartışılmalıdır.

A) Teşebbüs maddesi (m. 35): Hazırlık hareketlerini bitirip icra hareketlerine geçen failin önünde iki olasılık bulunmaktadır. Birincisi, suçun tamamlanmasıdır ki bu durumda yasada gösterilen tam ceza ile karşı karşıya kalacaktır. İkincisi ise suçun tamamlanamamasıdır. Bu da iki biçimde olabilir. İlk biçimde, suç failin “elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamıştır”. 5237 sayılı yasanın 35. maddesinin açık hükmü karşısında bu bir teşebbüs halidir ve zararlı netice gerçekleşmeyip hukuki yarar tehlikeye düşürüldüğü için suçun tam cezası değil indirilmiş hali uygulanır⁶⁰. Zira fail, kasten ve elverişli hareketlerle icraya başlamış ancak elinde olmayan ya da bir başka deyişle iradesi dışındaki nedenlerle icra hareketlerini bitirememiş ya da bitirse bile netice gerçekleşmemiştir (örneğin failin yakalanması). Ancak icra hareketlerine başlayan failin önünde ikinci bir yol daha vardır. O da, hareketlerine kendi iradesiyle son vermesi ya da icra hareketlerini bitirse bile kendi çabasıyla suçun tamamlanmasını engellemesidir, bu da bilindiği üzere gönüllü vazgeçme halidir.

Teşebbüs hükmüne bakılınca, aslında kendiliğinden gönüllü vazgeçmeye izin verdiği, ayrı özel bir hükme gerek olmadığı görülmektedir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi, teşebbüsün koşulu yalnızca icra hareketlerine başlamış olmak olmayıp ek olarak “suçun, failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamaması” da aranmaktadır. O halde kendi iradesiyle suçun tamamlanmayan fail açısından, bir de Ceza Hukuku gibi yasallık ilkesinin katı biçimde uygulandığı bir alanda, teşebbüs halinden söz etmek yasal olarak olanaklı değildir.

Eski dönemde gönüllü vazgeçmeyi açıklayan “bozucu şart teorisi” de benzer bir yaklaşımı sergilemekte ve iradesiyle vazgeçen fail açısından teşebbüsün uygulanamayacağını ileri sürmekteydi⁶¹. Aslında söz konusu teorilere başvurmaya bile gerek yoktur, çünkü gönüllü vazgeçmeyi açıklayan teoriler, hemen her zaman gönüllü vazgeçmenin “kişisel bir cezazırlık sebebi” olduğu ön kabulünden hareket etmekte ve böylece aslında cezalandırılabilir bir alanda bulunan failin, çeşitli gerekçelerle cezalandırılmadığını ileri sürmektedir. Oysa mevcut mevzuat karşısında var olan durum,

⁶⁰ Timur Demirbaş, a.g.e., s. 429.

⁶¹ Carlo Erra, a.g.e., s. 691.

gönüllü vazgeçen failin, teşebbüsün koşulları da oluşmadığından hiçbir biçimde cezalandırılmamasıdır. Tıpkı hazırlık hareketleri gibi, aslında cezalandırılması gereken ve fakat devletin, daha çok suç politikası gereği yarattığı bir cezasızlık nedeni değil zaten cezalandırılmayan bir durum söz konusudur. Yürürlükteki yasal bir ceza hükmü kısmen veya tamamen yok sayılmayacağına göre tek başına 35. madde, 36. maddeyi karşılamaktadır. Söz konusu görüş 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde de dile getirilmiştir⁶².

Bu anlayış bağlamında yukarıda değinilen bütün koşullar ve sonuçlar da, iştirak dışında, aynen gerçekleşmektedir. Teşebbüs düzenlemesine göre failin elinde olmayan nedenler dışında bir nedenle yani kendi iradesiyle, gönüllü vazgeçmesi halinde teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Yukarıdaki örneklerden hareketle, pusu kuran failin vazgeçip geri dönmesi, silahı mağdurun başına dayayıp öldürmemesi, mağduru kaçırabileceksen kaçır-maması, yine mağdurun bağırmasına karşın suçu tamamlayabileceksen tamamlamaması, suç işleme korkusuyla vazgeçmesi, tek engel mağdurun aşılabilir direnişi olmasına karşın cinsel saldırı suçunu tamamlamaması ve üçüncü kişinin vazgeçmesi için ikna etmesi gibi olayların tamamında; suçu elinde olmayan yani dış bir etken nedeniyle değil kendi iradesiyle tamamlamayan fail suça teşebbüs etmemiş olacaktır.

Aynı şekilde yine yukarıdaki örneklerden hareketle, bu kez gönüllü vazgeçme sayılmayan haller yine bu sonucu doğuracak ve teşebbüs hükmü uygulanacaktır: nispi imkânsızlık halinde, failin yakalanma korkusu ise vazgeçmesi örneğinde, üçüncü bir kişinin fiziki müdahalesiyle suçun tamamlanamamasında, başta öngörülmeyen aşılabilir bir engelle karşılaşıl-dığında ya da failin suçu tamamladığını sanıp hataya düşmesinde vazgeç-me hep failden bağımsız bir dış etkenden yani onun elinde olmayan bir sebepten kaynaklandığı için buradaki vazgeçme, daha doğru bir söylemle suçun tamamlanamaması, koşullarına uyduğundan teşebbüs oluşturmaktadır.

Ayrıca failin icra hareketlerine devam ederken yalnızca tamamlamaması yeterli olmasına karşın icra hareketlerini tamamladıktan sonra

⁶² Adem Sözüer, a.g.e., s. 241 ve hatta aynı nedenden dolayı o dönemdeki ayırmadan hareketle gönüllü vazgeçmenin hem eksik hem de tam teşebbüs açısından geçerli olduğu da söylenmiştir; Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, a.g.e., s. 443.

suçun tamamlanmasını engellemesi koşulu yine teşebbüs hükmünde de aynen vardır. Zira önemli olan suçun tamamlanmaması yani teknik bir söylemle neticenin ortaya çıkmamasıdır. Dolayısıyla failin icra hareketlerine devam ederken yalnızca vazgeçmesi yeterli olup suçun tamamlanmaması sağlar. Örneğin failin, adam öldürmek için silahını çıkarıp sonra vazgeçmesi gibi. Ancak icra hareketlerini tamamlayan failin, suçun tamamlanmaması için ek çaba göstermesi gerekir. Örneğin ilk örnekte ateş edip mağduru vuran failin, daha sonra vazgeçip gitmesi bir anlam ifade etmez. Mağduru hastaneye götürüp tedavi ettirmesi halindedir ki suçun tamamlanmamasını sağlar ve eylemi adam öldürmeye teşebbüs oluşturmaz.

Öte yandan vazgeçilen eylem suç oluşturmamakla birlikte fail, elbette, o ana kadar tamamladığı suçlardan sorumludur. Burada genel kurallar yeterlidir. Eğer fail, yasada suç olarak tanımlanmış bir eylemi bilerek ve isteyerek yapıyorsa (ya da taksirli bir suç söz konusu ise dikkatsizlik ya da özensizlik sonucunda bu suça neden oluyorsa) bundan cezai anlamda sorumlu olacaktır. Önce silahını çekip daha sonra vazgeçen fail, ruhsatsız silah taşıyorsa 6136 sayılı yasa uyarınca cezalandırılacaktır. Ayın biçimde gece konuta girip sonra hırsızlıktan vazgeçen fail, bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği konut dokunulmazlığını ihlal suçundan dolayı ceza alacaktır. Geçitli suçlarda da aynı sonuca ulaşılmaktadır. Mağdura önce ateş edip yaralayan sonra da hastanede tedavi ettiren fail, kasten yaralama suçunu failidir veya mağdura karşı nitelikli cinsel saldırı gerçekleştirmek isteyip çeşitli gerekçelerle ama kendi iradesiyle vazgeçen fail de duruma göre basit cinsel saldırı veya cinsel taciz suçlarından sorumlu olacaktır. Çünkü geçitli suçta ağır olan suçtan ceza verilmesinin temelinde yatan neden, hafif olanın ya da asıl suç işlemek için geçilmek zorunda olan suçun diğerinin içinde eridiğidir⁶³. Oysa failin gönüllü olarak vazgeçtiği halde teşebbüs söz konusu olmadığından asıl suç, daha ağır suç gibi bir kavram karşımıza çıkmayacağından yalnızca “geçilen suç” dikkate alınacaktır. Benzer bir anlayışla bileşik suç sorunu da sonuca ulaşmaktadır. Bileşik suçtan (örneğin, yağma) teşebbüs oluşmadan vazgeçildiği durumda yalnızca unsur olan suçun tamamlanmasından (örneğin, tehdit) söz edilebilir. Bir başka deyişle teşebbüs de dahil olmak üzere genel hükümler, bu sorunu da özel bir düzenlemeye gerek kalmaksızın çözmektedir.

⁶³ Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, a.g.e., s. 406.

Bu alandaki dikkat çekici bir nokta ise tıpkı Türk Ceza Hukuku'ndaki gibi bazı yabancı ceza mevzuatında teşebbüs hükmünün yanında ayrı, özel bir gönüllü vazgeçme hükmünün bulunmasıdır. Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun da temel aldığı Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) "teşebbüsün cezalandırılabilirliği" başlıklı 23. maddesi uyarınca, fail icraya başlamasına karşın suçu tamamlayamazsa cezalandırılır. Düzenleme, tıpkı Türk Ceza Kanunu gibi kendiliğinden gönüllü vazgeçmeyi kapsamasına karşın bir sonraki maddede gönüllü vazgeçme açıklanmakta ve bu durumda failin vazgeçtiği suça teşebbüsten ceza almayacağı belirtilmektedir. Her ne kadar Alman Hukuku'nda pek ifade edilmese de, Türk Hukuku'ndaki gibi özel bir gönüllü vazgeçme düzenlemesi gerekmektedir.

Öte yandan Fransız ve İsviçre Kanunları farklı iki örnek sunmaktadır. Fransız Ceza Kanunu'nun 121-5 maddesi teşebbüsü, gönüllü vazgeçme ile birlikte tanımlamakta ve "*icraya başladıktan sonra, ancak failin iradesinden bağımsız nedenlerle askıya alındığı ya da sonuca ulaşamadığı zaman teşebbüs vardır*" diyerek, yukarıda savunulan düşünceyi yansıtan biçimde, eğer netice failin iradesinden bağımsız bir nedenle gerçekleşmediyse teşebbüsün varlığını kabul edilmektedir. Bunun karşıt anlamından çıkan da failin iradesi söz konusu ise yani gönüllü vazgeçmiş ise cezalandırılmasının söz konusu olmayacağıdır. Uygulama da bu yöndedir.

İsviçre Ceza Kanunu ise gönüllü vazgeçmeyi kişisel bir cezasızlık (veya indirim) sebebi haline getiren bir teşebbüs düzenlemesi içermektedir. 22. madde uyarınca "*suçun icrasının sonuna kadar sürdürülmemesi veya neticenin gerçekleşmemesi veya gerçekleşmemesi*" teşebbüsü ifade etmekte ve fail cezalandırılmaktadır. O halde İsviçre mevzuatına göre bir suçun icra hareketine başlanmış olması cezalandırma için yeterlidir. Bu nedenle bir sonraki maddede "gönüllü vazgeçme" özel olarak tanımlanmakta ve "*eğer fail kendi iradesiyle cezalandırılabilir faaliyeti (yani icra hareketlerini) sonuna kadar götürmekten vazgeçer veya suçun tamamlanmasını engellerse yargıç cezasını azaltabilir veya tamamen kaldırabilir*" denmektedir⁶⁴.

⁶⁴ Görüldüğü üzere İsviçre'de "gönüllü vazgeçme" mutlak bir cezasızlık sebebi olmayıp yargıcın takdirine göre indirim sebebi de olabilmektedir.

B) İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme (m.41): İştirak halinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme konusunda eskiden bu yana savunulan görüş, bir kişisel cezasızlık sebebi söz konusu olduğundan her suç ortağının vazgeçmesinin yalnızca kendisi açısından sonuç doğurduğudur. Hatta 5237 sayılı yasanın 41. maddesinin 1. fıkrasına da bu kural açıkça yazılmıştır. Klasik örnek olarak suç oluşturan eylemi gerçekleştirecek olan failin vazgeçmesinin dahi diğer suç ortaklarını etkilemediği ifade edilmektedir⁶⁵.

Buna karşın teşebbüs ve bağlılık kuralı hükümleri birlikte değerlendirildiğinde (TCK m. 35 ve 40) varılması gereken sonucun bu olmadığı ortaya çıkmaktadır. Zira 40. maddenin 3. fıkrası açıkça “suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir” koşulunu getirmiştir ve teşebbüsü tanımlayan 35. madde de bu kurumu, İsviçre Ceza Kanunu gibi yalnızca icraya başlama değil, icraya başlama ve elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamama olarak açıklamıştır. O halde, örnek olarak, failin bir kişiyi öldürmek için azmettirildiği ve kendisine silah verilip daha sonra da yardım edileceğinin vaat edildiği bir olayda, silahını çekmesine karşın öldüreceği kişinin yalvarması üzerine vazgeçmesi durumunda, suç failin iradesiyle tamamlanmadığı için, yukarıdaki açıklamaların da ışığında, bir teşebbüs söz konusu değildir (m. 35). Teşebbüs olmadığına göre, bu aşamaya varmış bir suç da olamaz, o halde iştirak de söz konusu değildir (m. 40/3)⁶⁶. Sonuç olarak vazgeçen fail cezalandırılmadığı gibi onu azmettiren, ona silah veren ve yardım vaat edenler de cezalandırılmaz. Hukukta, hele de Ceza Hukuku gibi yasallığın egemen olduğu bir hukuk alanında, açık bir yasal kural yok sayılmaz.

Zaten nasıl ki icradan önce yapılan “katkıların” cezai sorumluluğa yol açabilmesi için asıl failin icraya başlaması aranıyorsa⁶⁷, bitirme/vazgeçme açısından da asıl failin hareketlerinin “suçun kaderi” açısından belirleyici olması son derece normaldir.

⁶⁵ Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, a.g.e., s. 447; Mahmut Koca – İlhan Üzülmez, a.g.e., s. 427.

⁶⁶ Aynı yönde bkz. Christiane Hennau – Jacques Verhaegen, a.g.e., s. 184.

⁶⁷ Vesile Sonay Evik, a.g.e., s. 174.

Öyleyse 41. maddenin ilk fıkrası diğer suç ortakları için geçerli olabilecek bir maddedir. Bir başka deyişle, yukarıdaki örnekte silahı verenin vazgeçmesi yardım vaat edenin sorumluluğunu etkilemeyeceği gibi yardım vaat edenin vazgeçmesi de diğer suç ortaklarının cezalandırılmamasını sağlamayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrası ise iştirak halinde işlenen suçlarda adeta gönüllü vazgeçmenin kapsamını genişletmektedir. Böylece aslında suçtaki iştirakinin nedensel katkısını gideremese bile suçun işlenmemesi için çaba gösteren suç ortağına, hem suçun başka sebeple işlenmemesi (m. 41/2-a) hem de onun çabasına karşın işlenmesi hallerinde (m. 41/2-b) ceza verilmemesi öngörülmekte ve işte tam da bu durumda yasakoyucunun suç politikasından kaynaklanan bir kişisel cezasızlık nedeni karşımıza çıkmaktadır⁶⁸.

IV – Sonuç

Gerek mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki gerekse mevcut 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki teşebbüs düzenlemeleri dikkate alındığında (m. 61-62 ve m. 35), teşebbüsün, örneğin İsviçre Ceza Kanunu'ndakinden farklı olarak suçun yalnızca icra hareketlerine başlanmış ve fakat tamamlanmamış durumunu değil failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamış durumunu belirtmesi karşısında, ister tek başına ister iştirak halinde işlemeye kast edilen bir suçtan kendi iradesiyle yani gönüllü olarak vazgeçen failin bu suçtan ceza almayacağı açıktır. Dolayısıyla özel düzenleme olmaksızın da aynı sonuçlara ulaşılmakta, hatta iştirak halinde işlenen bir suçta, genel kabulün tersine, suçu bizzat işlemek üzere olan failin vazgeçmesinin, bağlılık kuralı gereği diğer suç ortakları açısından da sonuç doğurup eylemi herkes açısından cezalandırılabilir olmaktan çıkarılmaktadır. Zira mevcut yasal düzenleme bunu gerektirmektedir.

⁶⁸ Düzenlemenin bazı durumlarda uygulanmasının olanaksız olması gerektiği, tersine bir yaklaşımın “suçluya prim vermek” olacağı eleştirisi için bkz. Zeki Hafızoğulları – Muharrem Özen, a.g.e., s. 367.

KAYNAKÇA

- Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, İstanbul, 1994
- Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 2nd ed., Oxford, 1995
- Carlo Erra, *Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme*, İHFM, C. 10, 1945, s. 681-720
- Catherine Elliot – Frances Quinn, *Criminal Law*, 3rd ed., Essex, 2000
- Christiane Hennau – Jacques Verhaegen, *Droit pénal général*, Bruxelles, 2003
- Claude Soyer, *Droit pénal et procédure pénale*, 11^e éd., Paris, 1994
- Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara, 2012
- Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, 3. Bası, Ankara, 2008
- Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin, 1972
- Haydar Metiner – E. Ahsen Koç, *5237 sayılı TCK Genel Hükümler*, C. I, Ankara, 2008
- Johannes Wessels, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 15. Auflage, Heidelberg, 1985
- M. Emin Artuk, *Suçun Özel Görünüş Şekilleri*, *Ceza Hukuku El Kitabı*, İstanbul, 1989
- Mahmut Koca – İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, Ankara, 2012
- Michael Jefferson, *Criminal Law*, 4th ed., Essex, 2000
- Murat Kayanççek, *Suçta Teşebbüs*, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/157.doc
- Nihat Meydan – Fadime Yapal, *İçtihatlı Türk Ceza Kanunu*, C.I, İstanbul, 2004
- Richard G. Singer – John Q. LaFond, *Criminal Law*, New York, 1997
- Sulhi Dönmezer – Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. I, 14. Bası, İstanbul, 1997
- Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, 2012

Veli Özer Özbek – M. Nihat Kanbur – Pınar Bacaksız – Koray Doğan – İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2010

Vesile Sonay Evik, **Suçta İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu**, 2. Baskı, İstanbul, 2011

Jean Pradel, **Droit pénal général**, 14^e éd., Paris, 2002

Wilfrid Jeandidier, **Droit pénal général**, 2^e éd., Paris, 1991

Zeki Hafizoğulları – Muharrem Özen, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 2. Bası, Ankara, 2010

www.kazanci.com

www.swisslex.ch

ANONİM ŞİRKETLER GENEL KURULLARINDA TOPLANTI VE KARAR YETER SAYILARI

(REQUIRED MAJORITY FOR GENERAL SHAREHOLDERS' MEETING AND FOR
DECISION MAKING IN A JOINT STOCK COMPANY)

Araş. Gör. / Res. Asst. Fatih YURTBAŞI*

ÖZET

Bu makalede anonim Şirketlerde genel kurul toplantı ve karar yeter sayıları konusu incelenmiŐtir. Konu gerek 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu gerekse yürürlükte olan 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'ndaki hükümler incelenerek karŐılaŐtırılmalı olarak ele alınmıştır. Genel kurul toplantı ve karar yeter sayıları ile ilgili öğretilerdeki farklı görüşler ve uygulamadaki duruma da değinilmiŐtir.

Anahtar Kelimeler: Anonim Şirket, genel kurul, genel kurul toplantı yeter sayısı, karar yeter sayısı, iptal, oy hakkı, esas sözleşme.

ABSTRACT

In this essay the concepts of required majority for general shareholders' meeting and for the decision making in a joint stock company are examined within the framework of the provision of the new Turkish Commercial Code (Act no. 6102) compared with the provisions of the previous Turkish Commercial Code (Act no. 6762). Special references are made to different opinions in the doctrine and court practice in connection with the determination of required majority both for conducting a session of the general shareholders and decision making as well.

* Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü Araştırma Görevlisi, e-posta: fyurtbasi@dogus.edu.tr

Keywords: Joint Stock Company, general assembly (general shareholders), required majority for general shareholders' meeting, required majority for decision making, void, right to vote (voting right), basic contract.

GİRİŞ

Anonim şirketlerde genel kurul toplantısının yapılabilmesi ve alınan kararların geçerliliği için öncelikle gündemde bulunan ve ilan edilen konulara göre öngörülen toplantı ve karar yeter sayılarına ulaşılmış olması gerekir.

Gerek genel kurulun toplanabilmesi ve dolayısıyla varlığı için gerekli toplantı yeter sayısı gerekse de icra edilen genel kurul toplantısında karar alınabilmesi için lazım gelen asgari oran olan karar yeter sayısı, şirketin esas ya da çıkarılmış sermayesine katılım esas alınarak belirlenecektir. Genel kurul toplantı ve karar yeter sayıları, sermayenin Kanunda ya da esas sözleşmede belirtilen oranını karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin sahip oldukları oy hakkı esas alınarak saptanacaktır.

Çalışmamızda ilk olarak kavram olarak toplantı ve karar yeter sayılara değinilecek ve 6762 sayılı mülga ETTK ile yürürlükte olan 6102 sayılı TTK'da düzenlenen yeter sayılara ilişkin hükümler, yeri geldiğince hem şekli hem de esasa dair olarak karşılaştırılacaktır.

Kanun koyucunun gerek ETTK gerekse de TTK'daki sistematığı dikkate alınarak, esas sözleşme değişikliği öngörmeyen kararlar için gerekli toplantı ve karar yeter sayıları (adi yeter sayılar) düzenleyen genel hükme (TTK m.418) dair açıklamalarda bulunacağız. Ardından, esas sözleşme değişikliği niteliğindeki genel kurul toplantı ve karar yeter sayıları (ağırlaştırılmış yeter sayılar), genel nitelikli (TTK m. 421/f. I) esas sözleşme değişikliklerine dair yeter sayılar ve kanun koyucunun bazı esas sözleşme değişikliklerini ismen belirterek özel oranlar öngördüğü ve özel nitelikli (TTK m. 421/f. 2-4) esas sözleşme değişikliklerine ilişkin yeter sayılar olarak adlandırarak bu doğrultudaki hükümler incelenecektir.

Pay senetleri borsada işlem gören şirketler ile 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi anonim şirketlerde genel kurula dair yete sayılar ile imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunda aranan yeter sayılar ayrı başlıklar

altında çalışmanın konusunu oluşturacaktır. Nihayet, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun uyarınca genel olarak anonim şirket genel kurul toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin hükümlere dair açıklamalarda bulunulacaktır.

I. TOPLANTI VE KARAR YETER SAYISI KAVRAMLARI

Gerek 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu (eTTK) gerekse de 13.01.2013 tarihinde kabul edilerek 1 Temmuz 2012 itibariyle yürürlükte olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), “yeter sayı” kavramı yerine terim olarak “nisap” sözcüğünü kullanmayı tercih etmiştir¹. Çalışmamızda sözlük anlamı “yeter sayı” olan² Arapça kökenli nisap sözcüğünü değil öz Türkçe karşılığı olan yeter sayı kelimesini kullanacağız.

Genel olarak bir kurulun toplanabilmesi ve toplantının açılması için ifade edilen toplantı yeter sayısı³, anonim şirketlerde usulüne göre yürütülecek bir genel kurul toplantısında ilk tespit edilmesi gereken işlem olacak-

¹ Toplantı ve karar yeter sayıları ile ilgili TTK'da yer alan nisap sözcüğü, eTTK m. 372'nin kenar başlığında “Nisap”; 388. maddede “Toplantı ve karar nisabı” şeklinde; TTK m. 418'de “Toplantı ve karar nisabı” ve m. 421'de ise “Esas sözleşme değişikliklerinde toplantı ve karar nisapları” olarak ifade bulmuştur. TTK'nın dile ilgili olarak ayrıca bkz. BAHTİYAR, Mehmet: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ve İfadeleri Yönünden Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, S. 31, s. 2457 vd., İstanbul 2005. 1956 tarihli eTTK'da yer alan ve Nevi-Tür, Tekeffül-Sorumlu Olma, Murakebe-Denetim, Mesuliyet-Sorumluluk gibi günümüzde yaygın olarak kullanılmayan birçok kavrama yeni ve güncel karşılıklar bulunmuşken, nisap kavramının kanun koyucu tarafından muhafaza edilmesi anlaşılmalıdır.

² Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, s. 1245; PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali: Türkçe Sözlük; Ankara 2012, s. 2052.

³ YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2006, s. 704. İsviçre hukukunda anonim şirketlerde genel kurul müessesesi İsviçre Borçlar Kanunu'nun (“OG”) 698 ilâ 706. maddelerinde düzenlenmiştir. Bazı istisnalar dışında toplantı yeter sayısı kavramı (*Präsenzquorum*) OG'de mevcut olmayıp, sadece karar yeter sayısı kavramına (*Beschlussquorum*) yer verilmiştir, ezcümle TANNER: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Art. 530-771 OR, 2. Bası, Zürih 2012, Art. 703 N. 1 vd.; SOMMER/OBERHOLZER: OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Bası, Zürih 2009, Art. 703; DUBS/TURUFFER, Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Bası, Zürih 2012, Art. 703 N. 1 vd.; von BÜREN/STOFFEL/WEBER: Grundriss des Aktienrechts, 3. Bası, Zürih 2011, s. 855 vd.; TANNER: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Die Generalversammlung, Art. 698-706b OR, 2. Bası, Zürih 2003, Art. 703 N. 3 vd.

tır. Zira fiziki anonim Şirket genel kurul toplantısının icrasının, ilan edilen zamanda ve yerde pay sahiplerinin toplantıya alınmasıyla başlayan ve toplantının kapatılmasına kadar devam eden bir sũreç olduğu dũŐũnũldũĐũnde, bu sũreç öncelikle toplantının varlığı için gerekli olan toplantı yeter sayısının tespitiyle baŐlar ve toplantıyı yũrũtecek olan başkanlık divanının seçimi ile devam eder⁴.

Anonim Şirket genel kurul toplantı yeter sayısı, genel kurulun toplanabilmesi ve dolayısıyla varlığı için gerekli olan ve Kanunda ya da esas sözleşmede belirtildiği oranda asgari sermayeyi⁵ karŐılan payların sahiplerinin veya temsilcilerin bir araya gelmesi olarak tanımlanabilir.

Anonim Şirket genel kurulu, sermayenin Kanunda ya da esas sözleşmede belirtilen toplantı yeter sayısını karşılayan sermaye paylarının sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığı ile toplanmasının akabinde, gũndemdeki konuları grũŐũp karara varması için gerekli olan ve toplantıda temsil edilen sermayeye karşılık gelen paylar için Kanun veya esas sözleşmede ngrũlen asgari orana ise anonim Şirket genel kurul karar yeter sayısı denir⁶.

Yapılacak genel kurulda, Şirketin anonim ve sermaye ortaklığı yapısı sebebiyle, toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin hesapta pay sahibi adedi

⁴ KARSLIOĞLU, Hasan: Anonim Şirket Genel Kurul Kararları, Anması ve Etkileri, Ankara 2009, YayınlanmamıŐ Yũksek Lisans Tezi, s. 179.

⁵ Sermaye kavramını, TTK m. 329'daki genel hũkũmdeki anlamına paralel olarak, sabit sermaye sisteminde "esas sermaye", kayıtlı sermaye sisteminde ise "ıkarılmıŐ sermaye"yi ifade edecek Şekilde kullanılmaktayız (BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2014, s. 102).

⁶ *İmregũn*, anonim Şirket genel kurul karar yeter sayısını "bir teklifin kabul sonucunu doğuran bir genel kurul kararı alabilmek için en az ne miktarda oyun karar ynũnde ve lehinde kullanılması gerektiğini ifade eden oy miktarı" Şeklinde tanımlamıştır (İMREGũN, OĞuz: Tũrk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yeter Sayıları, İũHFMD, C. 50, S. 1-4, s. 350, İstanbul 1984). TANNER: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Art. 530-771 OR, 2. Bası, Zũrih 2012, Art. 698 N. 1 vd.; SOMMER/OBERHOLZER: OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Bası, Zũrih 2009, Art. 698; DUBS/TURUFFER,: Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Bası, Zũrih 2012, Art. 698 N. 3 vd.; von BũREN/STOFFEL/WEBER: Grundriss des Aktienrechts, 3. Bası, Zũrih 2011, s. 862 vd.; TANNER: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Die Generalversammlung, Art. 698-706b OR, 2. Bası, Zũrih 2003, Art. 698 N. 4 vd.

YũHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

değil, şirketin (esas ya da çıkarılmış) sermayesine katılım esas alınacaktır⁷. Bu noktadan hareketle, TTK m. 434/f. I uyarınca, pay sahiplerinin veya temsilcilerinin genel kurul toplantı ve karar yeter sayılarında sahip oldukları oy haklarının ölçüsü oransallık ilkesi gereğince, payların toplam itibari değerleridir. İtibari değerle orantılı oy gücü kuralının en önemli istisnasını oya tanınacak imtiyazlı paylar oluşturacaktır⁸. Ancak oyda imtiyazın sınırı olarak belirtmek gerekir ki, bir paya en çok 15 oy hakkı tanınabilecek (TTK m. 479/f. II) ve aşağıda açıklayacağımız üzere esas sözleşme değişikliklerine dair genel kurul toplantı ve karar yeter sayıları hesaplanırken oyda imtiyazlı paylar dikkate alınmayacaktır (TTK m. 479/f. III, bent a).

II. TÜRK TİCARET KANUNU'NDA GENEL KURUL TOPLANTI VE KARAR YETER SAYILARININ DÜZENLENME ŞEKLİ

Anonim şirket genel kurul toplantı ve yeter sayıları hakkında Ticaret Kanunlarımızdaki yer alan hükümler incelediğinde, kanun koyucunun öngördüğü yeter sayılarla paralel biçimde hem mülga eTTK hem de yürürlükte bulunan TTK'da esas sözleşmede değişiklik niteliğinde olan ve olmayan yeter sayısı ayırımı yaptığı görülmektedir. Basit, adi ya da olağan yeter sayı olarak adlandırılan esas sözleşmede değişiklik yapmayan genel kurul toplantı ve karar yeter sayıları, şayet gündem konusu maddenin görüşülmesi neticesinde alınacak karar anonim şirketin esas sözleşmesinde bir değişiklik yapmıyorsa geçerli olmaktadır. 6762 sayılı eTTK, adi toplantı ve karar yeter sayılarını farklı hükümlerde, 372. ve 378. maddelerde⁹ düzenlenmiş iken; 6102 s. TTK, bu farklı düzenlemeleri tek bir maddede m.

⁷ PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi-I, Ankara 2014, s. 778.

⁸ İlk esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara imtiyaz tanımlanacak (TTK m. 478/f. I) ve 6102 s. TTK ile sadece eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanınabilecek oyda imtiyaz (TTK m. 479/f. I) en sık rastlanılan imtiyaz türüdür.

⁹ Genel Kurul adi toplantı yeter sayısı eTTK m. 372'de, "Umumi heyetler bu kanunda veya esas sözleşmede aksine hüküm bulunan haller hariç olmak üzere şirket sermayesinin en az dörtte birini temsil eden pay sahiplerinin huzuruyla toplanırlar. İlk toplantıda bu nisap hasıl olmadığı takdirde tekrar toplantıya davet edilirler. İkinci toplantıda hazır bulunan pay sahipleri, temsil ettikleri sermayenin miktarı ne olursa olsun, müzakere yapmaya ve karar vermeye yetkilidirler" şeklinde düzenlenmekte iken; karar yeter sayısı 378. maddenin 1. fıkrasında "Kararlar, mevcut reylerin ekseriyetiyle verilir" olarak belirtilmiş idi.

418'de¹⁰ hüküm altına almıştır. Anonim şirket genel kurul karar yeter sayısı, eTTK'da sistematik olarak hatalı bir biçimde, toplantı yeter sayısından ayrı olarak genel kurulun geçerlilik şartlarına dair usuli düzenlemede yer alıyordu. Bu doğrultuda TTK ile adi karar yeter sayısının toplantı yeter sayısı ile birlikte aynı maddede düzenlenmesi isabetli olmuştur.

Esas sözleşme değişikliğine sebep olacak gündem maddelerinin görüşüleceği genel kurullar için 6762 sayılı eTTK'da yeter sayılar, esas sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin kanun maddeleri (ETTK m. 385-390) arasında m. 388'de yer almakta iken 6102 s. TTK ile genel kurula dair hükümlerin (TTK m.407-451) olduğu maddelerde m. 421'de düzenlenmiştir.

Esas sözleşmeyi değiştirmeyen (adi) toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin temel düzenleme yukarıda bahsi geçen maddelerde (TTK m. 418; eTTK m. 372, 378) hüküm altına alınmış iken; Kanunumuzda esas sözleşmede değişiklik öngören anonim şirket genel kurul toplantı ve karar yeter sayıları, eTTK m. 388 ve TTK m. 421'de öngörülmüştür. Esas sözleşme değişikliğine neden olabilecek gündem maddelerinin görüşüleceği genel kurullar adi yeter sayılarına nispetle daha ağır oranda sermayenin bir arada temsil edildiği oyların varlığı ile gerçekleşecektir.

Anonim şirket esas sözleşme değişikliği öngören genel kurul kararlarına dair toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin TTK'nın 421. maddesinin birinci fıkrası genel düzenleme içermektedir. İzleyen fıkralarda ise, özel olarak belirtilmiş bazı esas sözleşme değişikliklerinde aranması gereken yeter sayılar öngörülmektedir¹¹. Bununla birlikte bazı esas sözleşme deği-

¹⁰ Toplantı ve karar nisabı başlıklı TTK m. 418 f. I'de adi toplantı yeter sayısı, "Genel kurullar, bu Kanunda ve esas sözleşmede, aksine daha ağır nisap öngörülmüş haller hariç, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz" olarak ve karar yeter sayısı ise, aynı maddenin ikinci fıkrasında "Kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir" şeklinde hüküm altına alınmıştır.

¹¹ Esas sözleşme değişikliği niteliğindeki genel yeter sayılar TTK m. 421 f. I'de ilk toplantı için şirket sermayesinin yarısının temsil edildiği toplantıda mevcut bulunan oyların çoğunluğu ve ikinci toplantıda sermayenin en az üçte birinin toplantıda bulunduğu halde oy çoğunluğudur. Özel nitelikli esas sözleşme değişikliği kararlardan, bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar ile şirket merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin kararlar oy birliği ile alınacaktır, TTK m. 421/f. II. Yine YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

şikliklerine dair genel kurul kararları için yeter sayıları Ticaret Kanununun çeşitli hükümlerinde TTK m. 421'e atıf yapmak suretiyle genel kurul yeter sayıları belirlenmiştir¹². Dolayısıyla 421. maddenin ikinci ve izleyen fıkralarında hüküm altına alınan ve özel olarak düzenlenen esas sözleşme niteliğindeki toplantı yeter sayıları ile Kanunun diğer maddelerinden TTK m. 421 f. II-IV'e atıf yapılmayan esas sözleşme değişikliklerinde genel hüküm niteliğini haiz TTK m. 421/f. I uygulanacak; aksi halde ise 421. maddede hüküm altına alınan ya da atıf yapıldığı kanun maddelerinde belirtilen orandaki yeter sayılar uygulama bulacaktır.

Gerek esas sözleşme değişikliklerine ilişkin genel hüküm niteliğinde olan TTK m. 421/f. I, gerekse de kanun koyucu tarafından bazı esas sözleşme değişikliği niteliğindeki yeter sayıları düzenleyen ve esas sözleşme değişikliklerine ilişkin özel hükümler olan TTK m. 421/f. II-IV hükümleri, TTK m. 418'de yer alan adi (esas sözleşme değişikliği gerektirmeyen) yeter sayılara nazaran ağır genel kurul yeter sayıları öngörmektedir.

Bununla birlikte, ağırlaştırılmış nisaplarla alınması çok güç olan kararların alınmasını mümkün kılmak için¹³ kanun koyucu, pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerde, esas sözleşme değişikliğine yol açsa da hükümde belirtilen iki konuda, TTK m. 421 f. I ya da f. II-IV'de belirtilen ağırlaştırılmış yeter sayılardan vazgeçerek TTK m.

şirket işletme konusunun tamamen değiştirilmesi, imtiyazlı pay oluşturulması ve nama yazılı payların derinin sınırlandırılmasını öngören özel nitelikli esas sözleşme değişikliği kararları sermayenin dörtte üçünün oyları ile alınır, TTK m. 421/f. III. Özel olarak 2. ve 3. fıkralarda belirtilen esas sözleşme değişikliğine ilişkin kararkarda ilk toplantıda ulaşılamayan yeter sayılarda izleyen toplantılar için de aynı oran aranacaktır, m. 421/f. IV.

¹² Atıf yapılan kanun maddeleri hakkında, TTK m. 473/III, esas sermayenin azaltılmasına ilişkin genel kurul kararı için toplantı yeter sayılarına ilişkin m. 421/f. III'e; Anonim şirket tasfiye kararına dair TTK m. 529/I-d, m. 421/f. III ve IV'e; borçlanma senetlerinin çıkarılmasına ilişkin TTK m. 504 ve 505'de ve şirket aktiflerinin toptan satışına ilişkin TTK m. 538 ile kanuna karşı hilenin düzenlendiği TTK m. 536'da, TTK m. 421 f. III'e yapılan atıf örnek olarak verilebilir.

¹³ Gerekçe, TTK m. 421 f. V. İşviçre hukukunda da ağırlaştırılmış nisaplar öngörülmüş ve TTK'daki düzenlemeye paralel hükümler mevcuttur, ezcümle TANNER: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Art. 530-771 OR, 2. Bası, Zürich 2012, Art. 704 N. 5 vd.; LIPP/MÜLLER/PLÜSS: Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht AJP 2011 587, s. 592 vd.

418'in uygulanacağının yani adi yeter sayılarla karar alınmasını yeterli görmüştür.

III. GENEL KURUL TOPLANTI VE KARAR YETER SAYILARI

A. Adi Yeter Sayılar

Türk Ticaret Kanunu m. 418 f. I hükmü, esas sözleşme değişikliği öngörmeyen ve Kanun ya da esas sözleşme ile daha ağır oranda bir yeter sayı getirmeyen anonim şirket genel kurul toplantılarına ilişkin adi (olağan) toplantı yeter sayılarını düzenlemektedir. Adi toplantı ve karar yeter sayılarını içeren hüküm, "Genel kurullar, bu Kanunda veya esas sözleşmede,¹⁴ aksine daha ağır nisap öngörölmüş bulunan haller hariç, sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır. Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır. İlk toplantıda anılan nisaba ulaşılamadığı takdirde, ikinci toplantının yapılabilmesi için nisap aranmaz" şeklindedir.

TTK m. 418 f. II ise adi toplantı karar yeter sayısını düzenlemektedir ve bunu "Kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir" şeklinde ifade etmiştir.

eTTK m. 372. ve 378/I. madde hükümlerinin 6102 s. TTK'daki karşılığı olan 418. maddenin gerekçesinde¹⁵, her ne kadar bu hükmün eTTK'daki hükümlerin tekrarından ibaret olduğu belirtilmiş dahi olsa, öncelikle madde metninin lafzında farklı ifadeler vardır ve bunlardan bazıları esas da etkileyebilecek yorum ve tartışmaya yol açabilecektir.

Toplantı yeter sayıya ilişkin mülga eTTK'da olduğu gibi sermayenin dörtte birini karşılayan pay sahiplerinin varlığını şart koşan hüküm TTK m. 418/f. I'e, yerinde bir ifade ile pay sahiplerinin yanına "veya temsilcilerinin" ibaresi eklenmiştir.

Hem TTK m. 318 hem de eTTK m. 372 hükmü ilk toplantıda aranan dörtte birlik sermayeyi temsil eden payların sahiplerinin mevcudiyetine ulaşılamadığı takdirde, ikinci toplantı için temsil edilen sermaye ne olursa olsun toplantının yapılıp karar alınabileceğini belirtmektedir. Ancak eTTK

¹⁴ Madde metninde yer alan bu virgöl işareti kaldırılmalıdır, ARSLAN Kaya: Karşılaştırma-Notlu Yeni Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 2012, s. 191.

¹⁵ Gerekçe, TTK m. 418: "Maddede, 6762 sayılı Kanunun 372 inci maddesi ve 378 inci maddesinin birinci fıkrası hükmü tekrarlanmıştır."

m. 372'de bu durum "... İkinci toplantıda hazır bulunan pay sahipleri, temsil ettikleri sermayenin miktarı ne olursa olsun, müzakere yapmaya ve karar vermeye yetkilidirler" biçiminde doğru şekilde ifade edilirken, TTK m. 418'de "İlk toplantıda anılan nisaba ulaşamadığı takdirde, ikinci toplantı için herhangi bir nisap aranmaz" diyerek en azından tek paya sahip olan bir pay sahibi veya temsilcisinin katılmadığı bir toplantının yapılması mümkünmüş gibi yanlış anlaşılmaya yol açabilecek olan ifadeye kanun metninde verilmesi isabetsizdir¹⁶.

Sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığına ilk toplantıda ulaşamadığı takdirde ikinci toplantının hangi oranda olursa olsun gelen pay sahipleri ya da temsilcileriyle toplanıp karar alınabileceği kuralı yani kanunun lafzında geçen ikinci toplantıda yeter sayı aranmamasının şartı, birinci toplantının devamı olmasından kaynaklanmaktadır¹⁷. İkinci toplantının birincinin devamı sayılması ve böylelikle toplantı yeter sayısı için herhangi bir oran öngörülmemesinin ilk şartı, birinci toplantı ile ikinci toplantı gündemlerinin aynı olması ve diğer şartı ise, birinci toplantının erteleme sebebinin toplantı yeter sayısına erişilememiş olmasıdır¹⁸. Birinci toplantının yeter sayıya ulaşamaması sebebiyle yapılamaması halinde, yapılacak ikinci toplantıda gündeme eklemeler yapılmış işe bu yeni bir toplantı sayılacaktır ve birinci toplantıdaki nisaplar aranacaktır¹⁹. Ayrıca ilk toplantının ertelenme sebebi nisap yokluğu dışında bir husustan kaynaklanıyorsa yine yapılan toplantı ikinci toplantı sayılmaz²⁰. Bununla birlikte, ikinci toplantıda yeter sayının elde edileme-

¹⁶ KENDİGELEN, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenililer ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s. 317.

Yazar ayrıca maddenin ikinci fıkrasında eTTK m. 378/f. I'e paralel bir şekilde, "Kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir" ifadesinin de yerinde olmadığını söylemektedir. Zira, bir toplantıda oyların hazır bulunamayacağını, olsa olsa temsil edilebileceğini belirtmekte ve ifadenin "temsil edilen oyların çoğunluğu" şeklinde kullanılmasının daha doğru olacağını belirtmektedir, KENDİGELEN, s. 318.

¹⁷ KARSLIOĞLU, s. 183.

¹⁸ İMREGÜN, Oğuz: Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yeter Sayıları, İÜHF, C. 50, S. 1-4, İstanbul 1980, s. 356.

¹⁹ ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Ahmet: Anonim Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2013, s. 273.

²⁰ DOMANIÇ, Hayri: Anonim Şirket Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi-II, İstanbul 1988, s. 832.

mesi sebebiyle genel kurulun yeniden davet edilmesi halinde toplanacak genel kurulun birinci toplantıyı teşkil ettiğini kabul etmek gerekir²¹.

TTK m. 418/I ile eTTK'da yer almayan "... Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır" hükmü ile genel kurul adi toplantı yeter sayısı olan sermayenin en az dörtte birini karşılayan yeter sayının toplantı süresi boyunca bulunmasının gerektiği belirtilmektedir. Beraberinde birçok tartışmayı birlikte getirecek olan bu yeni düzenleme, ilk olarak benzer bir kuralın esas sözleşme değişikliklerinde genel kurul toplantı yeter sayısını düzenleyen TTK m. 421'de olmayışı noktasında bu hükmü de kapsayacak şekilde uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu akla getirmektedir. Örneğin, genel kurul gündeminin birinci maddesinin yönetim kurulu üyelerinin ibrası ve diğerinin esas sözleşme değişikliği sonucunu doğuracak sermaye artırımını olduğu varsayalım. Birinci gündem maddesi görüşülürken sermayenin dörtte birlik temsilinin mevcudiyetinden kuşku yoktur. Ancak birinci gündem maddesi görüşülüp karara bağlandıktan sonra TTK m. 421/f. I'ın uygulanmasını gerektiren ikinci gündem maddesi olan sermaye artırımını görüşüldüğünde bu kapsamdaki toplantı yeter sayısı olan sermayenin yarısının temsilinin aranıp aranmayacağını yahut bir oran aranacak ise bunun TTK m. 418'de yer alan temsil edilen sermayenin dörtte biri mi yoksa görüşülen gündem maddesine uygun olarak TTK m. 421/f. I'de öngörülen temsil edilen sermayenin yarısı mı olacağı uygulamada tereddütleri ve tartışmaları beraberinde getirebilecektir.

ÇAMOĞLU, toplantı nisabının genel kurulun karar alma yeteneğini ifade ettiğini ve bu kuralın hukukun yazısız ilkelerinden biri olduğunu belirttiikten sonra, TTK'nın 418. maddesinde yer alan bu kuralın sadece (nitelikli çoğunluk gerektirmeyen) genel nisap için öngörülmüş olduğunu işaret etmekle birlikte, kuralın diğer tüm (nitelikli nisap gerektiren) gündem maddeleri için de geçerli olacağını belirtmektedir²².

Yazar, örneğin çağrısız toplanan genel kurulda bazı ortakların itirazı sebebiyle gündem konularını veya bir kısmını görüşmeksizin dağılması yahut azınlığın talebi ile bilançonun tasdiki hakkında müzakere edilecek genel kurulun ertlenmesi neticesinde davet edilen genel kurulun, ikinci genel kurul oluşturmayacağını belirtmektedir.

²¹ DOMANIÇ, s. 372.

²² ÇAMOĞLU, Ersin: Yeni Türk Ticaret Kanununda Genel Kurulda Nisaplar, Yaklaşım Dergisi, Ocak 2013, s. 245.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

Bu hususta sorun çıkabilecek ve açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus ise, “toplantı süresince korunması” ifadesinin yorumlanma şeklidir. Örneğin, genel kurul toplantı gündeminin birbirinden farklı üç maddeden oluştuğunu düşünelim. Usulüne uygun şekilde çağrılıp toplanarak ilk iki gündem maddesi ile ilgili karar alan genel kurulun üçüncü gündem maddesi görüşülürken temsil edilen sermayenin söz konusu toplantı yeter sayısının altına düştüğünde, üçüncü gündem maddesinin görüşülemeyeceğinden kuşku duymamak gerekir. Ancak kanun ifadesinin bu nisabın toplantı süresince bulunması gerektiğini araması noktasından hareketle yeter sayı bozulmadan usule uygun olarak alınan kararların akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır.

Doktrinde MOROĞLU, genel kurulda bir takım kararlar alındıktan sonra, yasada öngörülen nisabın bozulmasıyla birlikte daha evvel alınan kararların da geçersiz olacağını ve bunun hatalı bir düzenleme olduğunu düşünmektedir²³.

PULAŞLI, bu hükmü, TTK m. 418/f. I'deki bu düzenlemenin çağrısız genel kurulda belirtilen “toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabilirler” hükmüne (TTK m. 416/f. I) benzer olduğunu belirterek, toplantı açılıp, birkaç madde görüşüldükten sonra, pay sahiplerinin veya temsilcilerinin bir bölümünün toplantıyı terk etmesi ve toplantı nisabının ¼ oranının altına düşmesi halinde, toplantıya devam edilemeyip karar alınamayacağını; alınan kararların yoklukla malul olacağını ancak ayrılmaya kadar gündemde yer alan konulardan bazıları görüşülmüş ve usulüne uygun olarak karar alınmışsa, alınan kararın bundan etkilenmeyeceğini, diğer bir deyişle kararların geçerliliklerini koruyacağını düşünmektedir²⁴.

BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, TTK m. 416/I'de öngörülen durum ile TTK m. 418/I'de yer alan durumun birbirinden farklı olduğunu belirterek, PULAŞLI'nın yorumunun olması gereken hukuk açısından dikkate

²³ MOROĞLU, 610S sayılı Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012, s. 223.

²⁴ PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2013, s. 361.

Yazar ayrıca, o ana kadar usulüne uygun olarak alınan kararların geçerli olduğunu belirttikten sonra yapılacak ikinci toplantının ilk toplantının devamı niteliğinde olduğunu ve kalan gündem maddelerinin görüşülmesi söz konusu olduğundan, yine ¼ çoğunluğun aranacağını fakat bu toplantıda ¼'lük nisap elde edilemezse, genel kurul üçüncü kez nisap aranmaksızın toplanacağını belirtmektedir, PULAŞLI, s. 364.

alınabileceğini, ancak kanunun mevcut düzenlemesi karşısında toplantı nisabının bozulmasının daha önce alınmış kararları etkileyeceğini aksi takdirde kanuna karşı bir yorum yapılacağını dile getirmektedir²⁵.

ÇAMOĞLU, hükümde geçen bu kuralın toplantı boyutunda değil, her gündem maddesi bağlamında uygulanması gerektiğini, şayet gündemin ilk üç maddesi görüşülüp oylandıktan sonra (bir grup ortağın toplantıyı terk etmesi sonucunda) toplantı nisabı düşerse, karara bağlanan ilk üç maddede alınan kararların geçerliliğini koruyacağını belirtmektedir²⁶.

BİLGİLİ/DEMİRKAPI ise, ÇAMOĞLU ile aynı görüşte olup, toplantı boyunca ibaresinin her bir gündem maddesine ilişkin oylama şeklinde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Toplantı nisabı korunduğu müddetçe alınan kararlar nisap ortadan kalkıncaya kadar toplantı başkanı tarafından tutanağa geçirilerek bunların geçerliliği korunacağını ifade etmektedirler²⁷.

6762 sayılı eTTK döneminde kanunda açık bir düzenleme olmaması sebebiyle genel kurul toplantı yeter sayısının esas sözleşme hükmüyle değiştirilip değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesi mümkün ise bunun ne yönde olacağı tartışması TTK m. 418 f. I'de yer alan "genel kurullar, bu Kanunda veya esas sözleşmede, aksine daha ağır bulunan haller hariç, toplanır" ifadesinin yer alması ile son bulmuştur. Artık esas sözleşme ile daha ağır bir toplantı yeter sayısı düzenlemesine gidileceğine tereddüt yoktu²⁸.

²⁵ BAHTİYAR, Mehmet/HAMAMCIOĞLU, Esra: Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantıları, İstanbul 2014, s. 86.

²⁶ ÇAMOĞLU, s. 246.

²⁷ Ayrıca yazarlar, 28.11.2012 RG. ve 28481 s. Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmeliğin 25. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "Genel kurulda müzakere edilerek karara bağlanmış gündem maddesi, hazır bulunanların oy birliği ile karar verilmedikçe yeniden görüşülüp karara bağlanamaz" hükmünü gerekçe olarak ileri sürmektedirler.

²⁸ Tartışma, kanun koyucunun TTK m. 418'in gerekçesinde hükmün her ne kadar eTTK'da yer alan 372. ve 378/I. maddelerinin karşılığı olduğunu söylene de TTK'da yer alan açıklığın aksine, toplantı yeter sayılarına ilişkin adi nisabı öngören genel düzenleme niteliğindeki eTTK m. 372'nin "Umumi heyetler bu kanunda veya esas mukavelede aksine hüküm bulunan haller hariç olmak üzere ... toplanırlar" ifadesinde görüldüğü gibi toplantı yeter sayılarının ağırlaştırılabileceğine dair bir açıklık olmadığından kaynaklanmakta idi.

Dolayısıyla toplantı yeter sayısının hafifletilemeyecek ancak artırılabilir²⁹.

Kanun koyucu toplantı yeter sayılarına ilişkin TTK m. 418 ve eTTK m. 372'de düzenlediği adi toplantı yeter sayısına ilişkin öngördüğü oranı getirirken aslında bir yandan azınlığın korunması ve genel kurula katılımın artırılmasını amaçlarken³⁰ diğer yandan da şirket işlerinin engellenmeyecek yeterlilikte çoğunluğun mevcudiyetiyle genel kurul toplantısının yapılabileceğini öngörmektedir. Buradan hareketle toplantı yeter sayılarının hangi orana kadar artırılabilirliği hususunda kanunda bir düzenleme yer almazken, şirket işlerini engelleyecek şekilde toplantı yeter sayısının artırılması, sözgelimi bütün kararların oy birliği ile alınacağı şeklinde esas sözleşmede bir şarta yer verilemeyeceği³¹ ve bunun TMK m. 2 hükmü uyarınca, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağı³² dolayısıyla hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilerek kanun tarafından himaye görmeyeceğinin kabul edilmesi gerekir³².

Ayrıca, eTTK m. 372'de esas sözleşmeye konacak bir hüküm ile sadece birinci toplantı yeter sayısını arttırabilecek nitelikte olması kabul edilmişken, ikinci toplantı için bir düzenlemeye gidilmemiş olması, ikinci toplantı için herhangi bir yeter sayısının esas sözleşme ile getirilmesinin mümkün olmadığı yönünde yorumlanmıştır (İMREGÜN, Oğuz: Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yeter Sayıları, İÜHFİM, C. 50, S. 1-4, İstanbul 1980; TEKİNALP, Ünal: Genel Kurul Toplantı Yeter Sayılarına İlişkin Bazı Sorunlar, İkt. Mal. Y. 1988, C. XXV, S. 1, s. 18).

Bu hususta Poroy, yeter sayısı oranının iki yönde değiştirilebileceğini belirtmiştir (POROY, Reha (TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin), Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2010), n. 681). Ansay, yeter sayıların her iki toplantı için de ağırlaştırılabileceği görüşünde bulunmuştur (ANSAY, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982, s. 164). Domaniç ise, ana mukavele ile değişik bir toplantı nisabı tespit edilebileceği ancak toplantı nisabının tespitindeki amacın genel olarak azlığın korunması olduğundan yola çıkarak olması gereken kanun bakımından kabul edilebilecek bu görüşünün eTTK m. 372'de belirtilen hükmün lafzına aykırı olacağı kanaatindedir (DOMANIÇ, Hayri: Anonim Şirket Hukuku ve Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi-II, İstanbul 1988, s. 832-833).

²⁹ ŞENER, Oruç Hami: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2012, s. 489.

³⁰ ANSAY, Anonim Şirketler, s. 186.

³¹ ARSLANLI, Anonim Şirketler, s. 59.

³² ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Ahmet: Anonim Ortaklıklar Hukuku, Ankara 2013, s. 274.

B. Ağırlaştırılmış Yeter Sayılar

1. Genel Nitelikteki Esas Sözleşme Değişikliklerine İlişkin Toplantı ve Karar Yeter Sayıları

Genel nitelikteki esas sözleşme değişikliklerine ilişkin toplantı yeter sayısı TTK m. 421 f. I'de düzenlenmiştir. Hükme göre, esas sözleşmeyi değiştiren kararların alınacağı anonim şirket genel kurulunun toplanabilmesi için, Kanunda veya esas sözleşmede aksi belirtilmediyse, şirket sermayesinin en az $\frac{1}{2}$ 'sinn temsil edildiği pay sahipleri ya da temsilcilerinin bulunması gerekir. İlk toplantıda öngörülen bu yeter sayıya ulaşamadığı takdirde, en geç bir ay içinde yapılabilecek ikinci toplantı için ise, sermayenin en az $\frac{1}{3}$ 'ünün toplantıda temsil edilmesi aranacaktır.

TTK m. 421 f. II'de ise, karar yetersayısını her iki toplantı için de toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu olarak belirlenmiştir³³.

Esas sözleşmenin değiştirilmesi ile ilgili toplantı ve karar yeter sayısına ilişkin genel hüküm niteliğinde³⁴ olan bu maddenin uygulanabilmesi için, TTK m. 421'in ikinci ve diğer fıkralarına girmeyen bir esas sözleşme değişikliğine sebep olan bir gündem konusu ile Kanunun diğer maddelerinde hükme yollama yapılan ve özel olarak düzenlenen bazı esas sözleşme değişikliklerine ilişkin bir gündemin olmaması gerekmektedir.

Bununla birlikte, esas sözleşmeye bir hüküm konularak³⁵ esas sözleşme değişikliklerine dair TTK m. 421/f. I'dekinden farklı bir toplantı ve karar yetersayısı düzenlenebilir. Bu durumda yine madde hükmü değil esas sözleşmede öngörülen yeter sayılar uygulama bulacaktır. TTK m. 421/f. 1 kapsamında kanun koyucunun öngördüğü yeter sayılar esas sözleşme ile

³³ Genel nitelikteki esas sözleşme değişikliklerine dair anonim şirket genel kurul toplantı ve karar yeter sayılarının eTTK döneminde karşılığı madde 388. maddenin 2. ve 3. fıkralarıdır. Bu hükme göre de, toplantı yeter sayısı ilk toplantı için sermayenin $\frac{1}{2}$, ikinci toplantı için $\frac{1}{3}$ 'ünün temsili ve karar yetersayısı mevcut reylerin ekseriyetidir.

³⁴ Özel nitelikli toplantı ve karar yeter sayılarına girmeyen dolayısıyla TTK m. 421/f. I'in uygulama alanı bulabileceği esas sözleşme değişikliklerine; Anonim şirket unvanının değiştirilmesi, bağlam sebeplerinin hafifletilmesi, pay gruplarından birine yönetim kuruluna bir üyelik verilmesi ve nama yazılı pay senetlerinin hamiline yazılı senede dönüştürülmesi veya tersi örnek olarak verilebilir, PULAŞLI, Genel Esaslar, s. 362.

³⁵ Genel kurul toplantı ve karar nisaplarının ağırlaştırılması için esas sözleşmeye hüküm konulmasına dair esas sözleşme değişikliği kararı da genel nitelikli esas sözleşme değişikliği olduğundan TTK m. 421/f. I'deki toplantı ve karar yeter sayılarına uyularak mümkün olacaktır.

sadece ağırlaştırılabilecek ancak düşürülemeyecek ya da buna yol açan nispi çoğunluğu öngören hükümler esas sözleşmeye konamayacaktır. Aksi halde bu tür esas sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır³⁶ (TTK m. 421/f. I, c. IV).

İlk toplantıda sermayenin en az yarısının temsili sağlanamazsa yapılacak ikinci toplantının en geç bir ay içinde yapılma zorunluluğunun getirilmesi ikinci toplantı için de yapılacak toplantıda ilk çağrı usulünün izlenmesi ve dolayısıyla toplantı için gerekli prosedürlerin zaman alması karşısında bu bir aylık sürenin kısa olduğunu ve değiştirilmesi gerektiğini belirtmek gerekir.

2. Esas Sözleşme Değişikliği Niteliğindeki Toplantı ve Karar Yeter Sayıları

a) Genel Olarak

Esas sözleşme değişikliğine dair genel kurul toplantılarında uygulanacak genel hüküm olan TTK m 421/f. I'e karşılık, kanun koyucu bazı esas sözleşme değişikliklerinde söz konusu hükümde yer alan genel toplantı ve karar yeter sayılarını yeterli görmeyerek onlara ilişkin ağırlaştırılmış yeter sayıların öngörüldüğü özel düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Özel nitelikli esas sözleşme değişikliklerinden bir kısmında sermayenin tümünü oluşturan payların temsili ile karar alınabileceği belirtilmiş, bazılarında en az yüzde yetmişbeşlik oran aranmış ve bazılarında ise sermayenin en az yüzde altmışının oylarıyla alınacağı hüküm altına alınmıştır. Özellikle karar nisaplara ilişkin temel düzenleme TTK m. 421 f. 2, 3 ve 4 hükümleridir. Bu hükümler dışında Kanunda yine bazı esas sözleşme değişikliklerine yönelik düzenlemeler vardır. Ancak bunlardan çoğu TTK m. 421 f. 2-4' e atıf yapmaktadır; birkaçı ise gerekli toplantı ve karar yeter sayılarını söz konusu esas sözleşmeye değişikliğine dair hükmün içinde yer vermektedirler. Anonim şirketlere dair yapısal değişiklik öngören birleşme ve bölün-

³⁶ Nitekim bu husus hükmün gerekçesinde, "kanun koyucu pay sahipleri yönünden bir anayasa işlevini haiz bulunduğu için esas sözleşmenin çoğunluğun altındaki bir nisapla değiştirilmesini uygun görmemiştir" şeklinde ifade olunmuştur.

meye dair kararlar TTK m. 151’de, tür değiştirmeye ilişkin kararlar ise TTK m. 189’da belirtilen toplantı ve karar nisapları ile alınacaktır³⁷.

b) Oy Birliği Gerektiren Kararlar

eTTK m. 388 f. I’ın karşılığı olan TTK m. 421 f. 2 gereği, bilanço zararlarının kapatılması için yükümlölük ve ikincil yükümlölük koyan kararlar ile şirket merkezinin yurt dışına taşınmasına ilişkin esas sözleşme değişikliği gerektiren kararlar sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin ve ya temsilcilerinin kararıyla, diğer bir deyişle oy birliği ile alınır.

aa) Bilanço Zararlarının Kapatılması İçin Yükümlölük veya İkincil Yükümlölük Yükleyen Kararlar

TTK m. 421 f. 2 bent a’da yer alan bu yükümlölük sermaye şirketlerinden anonim şirketlere özgü ilkelerden biri olarak TTK m. 480/f. I’de ifadesini bulan ve “pay sahibine pay bedelini ifa dıřında³⁸ borç yükletilemez” anlamına gelen tek borç ilkesinin kanuni bir istisnasını oluşturmaktadır. İşte kanun koyucu tek borç ilkesine aykırılık teşkil edebilecek olan bu tür yükümlölük sebebiyle bilanço zararlarının kapatılması için yüklenen yükümlölük³⁹ ve ikincil yükümlölük⁴⁰ öngören kararların ancak tüm pay sahiplerinin kararıyla gerçekleşebileceğini belirtmektedir.

Kanunda bilanço zararlarının kapatılması için yükümlölük ve ikincil yükümlölük koyan kararlar, sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oy birlięi⁴¹ ile alınır (TTK m. 421/II-a). Bu tür

³⁷ Birleşme, bölünme ve Tür Değiştirme Kararları için gerekli nisaplara dair ayrıntılı bilgi için bkz. COŞTAN, Hülya: Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Kararları, İstanbul 2013, s. 69 vd.

³⁸ “veya payın itibari değerini aşan ifa dışında”.

³⁹ Yükümlölük ile TTK m. 376 f. II anlamında sermaye kaybı neticesinde genel kurulun sermayenin tamamlanmasına karar vermesi ve Kooperatifler Kanunu m. 31 anlamında yükümlölük yüklenmesi kastedilmektedir (Geree m. 421 f. II).

⁴⁰ Bu yükümlölük ile de kastedilen TTK m. 480 f. IV’de ifadesini bulan pay sahibinin belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri yerine getirmek yükümlölüğüdür.

⁴¹ Ne var ki, oy birliğini vurgulamak amacıyla kullanılan “sermayenin tümünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin oybirliği” ifadesi açıkça rahatsız edicidir, KENDİGELEN, s. 320, dn. 183.

kararlar için hem toplantı hem de karar nisabı, sermayenin yüzde yüzünü temsil eden pay sahiplerinin tümünün oy birliği olup; bu nisaplar hafifletilemez. Çünkü hükümde yer alan kararlar tüm pay sahiplerinin onayını gerektirir⁴². Ayrıca, ilk toplantıda öngörülen yeter sayıya ulaşamadığında izleyen toplantılarda da aynı nisap aranacaktır (TTK m. 421/IV).

TTK m. 421 f. II-a'ya karşılık gelen eTTK m. 388 f. I'de, esas sözleşme değişikliği gerektiren ve karar alınabilmesi için oy birliği aranacak söz konusu yükümlülük "pay sahiplerinin taahhütlerini arttırmak" şeklinde ifade edilmekteydi. Görüldüğü üzere TTK ile mülga Kanun zamanındaki geniş ifade daraltılarak somutlaştırılmıştır. Ancak bu yapılırken hükmün lafzı farklı yorumlanmaya müsait bir şekilde hatalı ifade edilmiştir. Nitekim MOROĞLU, sanki sadece bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük yükleyen ve bunun için ikincil yükümlülük yükleyen kararlar için oybirliği aranacağı fakat bilanço zararları dışındaki yükümlülükler için oy birliğinin gerekmeyeceği gibi bir mana çıkarılabileceğini belirterek söz konusu iki yükümlülüğün arasındaki madde metninde mevcut "ve" bağlacının "veya" olması gerektiğini belirtmektedir⁴³.

bb) Şirket Merkezinin Yurt Dışına Taşınmasına İlişkin Kararlar

TTK m. 421 f. II-b'de sermayenin tamamının temsil edildiği ve oy birliği ile karar alınan diğer bir esas sözleşme değişikliği olan bu durum eTTK m. 388/f. I'de "Şirket tabiiyetini değiştirmek" olarak ifade edilmişti. İki ifade tarzı bakımından esasa dair bir fark bulunmasa da TTK metni şirket uyrğunun şirket merkezinin yurt dışına taşındığı hallerde değişeceğini ve bu kararın alınmasında oy birliği nisabının aranacağını tereddütleri ortadan kaldıracak biçimde ortaya koyduğundan daha yerindedir⁴⁴. Bu karar için de belirtilen yeter sayı hem toplantı hem de karar yetersayıdır⁴⁵.

⁴² Gerekçe, m. 421 f. II.

⁴³ MOROĞLU, s. 228. Ayrıca bkz. ve karşı. TEKİNALP, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013, s. 278-279.

⁴⁴ DEMİRBAŞ, Ali: 6762 ve 6102 sayılı Yasalar Bağlamında Anonim Ortaklık Esas Sözleşme Değişikliklerinde Toplantı ve Karar Nisapları, Legal Hukuk Dergisi, C. 10, S. 110, Şubat 2012, s. 76.

⁴⁵ Gerekçe, m. 421 f. II.

cc) Dörtte Üç Çoğunluk Gerektiren Kararlar

aaa) Genel Olarak

Şirketin işletme konusunu tamamen değiştiren, imtiyazlı pay oluşturan ve nama yazılı payların devrini sınırlandıran esas sözleşme değişikliği kararları, sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu⁴⁶ oylarıyla alınır (TTK m. 421 f. III).

TTK m. 421/f. IV uyarınca, ilk toplantıda belirtilen orana ulaşamadığı takdirde izleyen toplantılarda da aynı yeter sayının aranacağı hüküm altına alınmıştır.

eTTK m. 388/I'de şirketin mevzuu veya nev'inin değiştirilmesine ilişkin genel kurul yeter sayısı ile karşılaştırıldığında iki nokta da yeni Kanunun yeter sayıları ağırlaştırdığı görülmektedir. Bunlardan ilki, eTTK m. 388/I'de yer alan 2/3'lük yeter sayı TTK ile 3/4'e çıkarılmıştır. Diğeri ise, mülga TTK'da ilk toplantıda kanunun aradığı yeter sayıya ulaşamadığı takdirde ikinci toplantıda daha hafif (1/2) bir yeter sayı öngörüldüğü halde, TTK'da izleyen toplantılarda da aynı nisap aranmaktadır. TTK'nın ilk toplantıda ulaşılmayan nisabı ikinci toplantıda da aynen aranması uygulamada anonim ortaklıkların işleyişini zorlaştırıcı niteliktedir⁴⁷.

Sermayenin en az dörtte üç oy çokluğu ile alınacak kararlar sadece yukarıda sayılan üç halle sınırlı değildir. TTK m. 529/I-d bendinde anonim şirketin genel kurul kararıyla sona erme hali düzenlenmiştir ve bunun için TTK m. 421 f. III ve IV'e atıf yapılmıştır. Dolayısıyla genel kurul kararı için sermayenin en az dörtte üçünün temsili ile toplanıp karar alınmalıdır. Yine anonim şirket tasfiye hükümlerinden m. 538 f. II'de önemli miktarda aktiflerin toptan satılabilmesi için genel kurulun kararı gereklidir ve bu kararın alınabilmesi için de TTK m. 421/III'e atıf yapıldığından sermayenin en az dörtte üçlük kısmının karar alması gerekecektir. Ayrıca, TTK m. 473/f. III'de esas sermayenin artırılması kararı ile TTK m. 504 ve 505. maddelerde belirtilen borçlanma senetlerinin çıkarılmasına dair kararlar ilişkin alınması gerekli genel kurul yeter sayılarına TTK m. 421 f. III'e atıf yapılması dolayısıyla sermayenin en az dörtte üçünün temsil edildiği bir

⁴⁶ Maddenin diğer fıkralarında sadece "oy" kelimesi geçerken burada "olumlu oy" ibaresinin yer alması gereksiz olup, kanunda metninde neden bu şekilde kullanıldığı anlaşılmamaktadır.

⁴⁷ BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 92.

genel kurulun varlığı ve temsil edilen mevcut sermayenin çoğunluğunun kararı gerekecektir.

Bunlara ilaveten, kanunda öngörülmemesine rağmen Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik⁴⁸ m. 22/f. XII'de, Genel kurul toplantısında, önemli miktarda şirket aktiflerinin satışı kararı, şirket sermayesinin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan pay sahiplerinin olumlu oylarıyla alınacağını ve ilk toplantıda bu nisabın bulunmaması halinde, yapılacak ikinci toplantıda da aynı nisabın aranacağını hüküm altına alınmıştır. Anayasanın 124. maddesi uyarınca, yönetmelikler kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılmaları gerektiğinden hareketle bu hükmün yönetmelikte değil kanunda yer alması gerekir ve bu şekilde mevcut düzenleme normlar hiyerarşisine aykırıdır⁴⁹.

bbb) İşletme Konusunun Tamamen Değiştirilmesine İlişkin Kararlar

TTK m. 421/f. III-a'da belirtilen ve dörtte üç oy çokluğu gerektiren esas sözleşme değişikliği işletme konusunun "tamamen" değiştiren kararların alınması içindir. Yoksa işletme konusunun değiştirilmesi özel bir ana sözleşme değişikliğini gerektirmeyeceğinden esas sözleşme değişikliklerine dair genel hüküm olan TTK m. 421/f. I'de belirtilen yeter sayılar aranacaktır. eTTK'da ise, tamamen ibaresine yer verilmeyerek sadece işletme konusunun değiştirilmesine ilişkin bir hüküm vardı (eTTK m. 388/II).

Her ne kadar hükmün gerekçesinde, işletme konusunun "tamamen" değiştirilmesi ile bir konudan başka bir konuya geçilmesi veya bu sonucu doğuracak değişiklikler kastedildiği açıklanmış ve buna örnekler de verilmiş olsa⁵⁰, işletme konusunun "tamamen" değiştirilmesindeki tespit ve

⁴⁸ RG. 38.11.2012, S. 28481.

⁴⁹ BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 93-94.

⁵⁰ Örnek olarak mobilya üretiminden vazgeçilip turizm yapılmasına geçilmesi veya mobilyacılık muhafaza edilmekle birlikte kaleme alış şekline göre pasif konu kabul olunması verilmiştir. Gerekçede ayrıca, işletme konusunun daraltılması veya genişletilmesi, hatta önemli değişiklikler, bu hükmün kapsamı dışında olduğu belirtilerek mevut işletme konusunun terk edilip ona çok yakın bir konuma geçilmesine bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı mahkeme kararları ile doktrine bırakıldığı ifade edilmiştir.

kapsamı uygulamada sorun yaratacaktır⁵¹. Öğretide MOROĞLU, madde metninde yer alan “tamamen” ibaresinin hükmün amacını yerine getirmekten uzak olduğunu ifade ettikten sonra “büyük bir oranda” ya da “esaslı bir bölümünü” ibarelerinin getirilmesinin daha doğru olacağını ve hükmün amacı dışında kullanılmasının engelleyebileceğini belirtmiřtir⁵².

ccc) İmtiyazlı Pay Oluşturulmasına ve Nama Yazılı Pay Devrinin Sınırlandırılmasına İlişkin Kararlar

Mülga TTK zamanında m. 401’de esas sözleşme ile bazı nev’i paylara imtiyaz hakları tanınabileceği belirtilse de bu imtiyaz hakkının sonradan esas sözleşme değiştirilerek tanınabilirliği tartişması bir yana imtiyazlı pay oluşturulmasına dair kararların alınacağı genel kurul toplantılarında kanun koyucu tarafından herhangi bir özel çoğunluk öngören yeter sayı da Kanunda yer almamıřtır⁵³. Bu bağlamda 6102 s. TTK m. 421/f. III-b’deki imtiyazlı pay oluşturulmasına için gerekli esas sözleşme değişikliği kararlarının, sermayenin en az dörtte üçünü temsil edilerek alındığını hükme bağlaması bir yeniliktir.

Hükmün gerekçesinde de ifade edildiği üzere, sonradan imtiyazlı payın oluşturulmasının yeni bir düzen getirilmesi anlamına geleceğinden aranacak dörtte üçlük yeter sayılar, imtiyazların genişletilmesinde uygulanmayacaktır. İmtiyazların genişletilmesi kararlarının TTK m. 454 f. III’de yer alan yeter sayılarla alınması gerekmektedir⁵⁴.

Nama yazılı payların devrinin sınırlandırılmasında da gerek ilk toplantıda gerekse de izleyen toplantılarda sermayenin en az dörtte üçünü oluşturan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığı ve kararı aranır (TTK m. 421/III-c, m. 421/IV).

⁵¹ İMREGÜN, s. 320.

⁵² MOROĞLU, s. 228.

⁵³ Bu sebeple sonradan esas sözleşme ile imtiyaz hakkı tanınmasının kabul edildiği var sayımında, esas sözleşme değişikliği niteliğindeki genel toplantı ve karar yeter sayılarının öngörüldüğü TTK m. 421/f. I uygulama buluyordu.

⁵⁴ ÇAMOĞLU, s. 257

Anonim şirketler hukukunda nama yazılı paylarının ilke olarak serbestçe devredilebileceği kuralına (TTK m. 490/f. I) kanunla⁵⁵ ya da esas sözleşme⁵⁶ ile bir takım sınırlandırmalar getirilebilir. Şirketin istenmeyen şekilde bir grubun ya da yabancıların eline geçmesi ya da ikincil yükümlülükle şirkete dönemsel olarak katkıda bulunan pay sahiplerinin paylarının devretmesiyle şirketin zor durumda kalabilme ihtimalinde getirilen esas sözleşmesel bağlam hükümleri, bir taraftan şirket menfaatleri gözetilerek nama yazılı payların devrinde sınırlandırılmaya cevaz verecek, diğer taraftan bu sınırlandırmada dörtte üçlük ağırlaştırılmış çoğunluk aranması taraf menfaatlerini dengeleyecektir⁵⁷.

İşletme konusunun tamamen değiştirilmesi veya imtiyazlı pay oluşturulmasına ilişkin genel kurul kararına olumsuz oy vermiş nama yazılı pay sahiplerine kanun koyucu bir hak vermiştir. TTK m. 421 f. VI'ya göre, karara muhalif kalmış pay sahipleri, kararın Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde yayımlanmasından itibaren altı ay boyunca, esas sözleşmedeki devir kısıtlamalarına tabi olmaksızın paylarını serbestçe devredebileceklerdir.

Hükmün gerekçesinde, alınan kararların şirkette önemli değişiklikler meydana getireceği ve paylarının devrinin kısıtlamasının bu durumda da sürdürülüyor olmasının pay sahiplerinin şartları değişmiş bir şirkette kalmasına göz yumulmasına sebep olacağı ve bunun adil olmadığı ifade edilerek, hükmün amacı, devri sınırlandırılmış bulunan bir nama yazılı pay sahibine, işletme konusunun tamamen değiştirildiği ve/veya imtiyazlı paylar oluşturulması halinde herhangi bir kısıtlamaya bağlı olmaksızın paylarını devrederek şirketten ayrılma olanağı verilmiştir şeklinde açıklanmıştır.

İşletme konusunun tamamen değiştirilmesi ya da imtiyazlı pay oluşturulması halinde nama yazılı pay devir kısıtlamasının etkisiz bırakılarak payın devredilme hakkının sadece genel kurul kararına olumsuz oy kullanan pay sahibine tanınması beklenen sonucu vermeyecektir. Zira bir şekilde genel kurul toplantısına katılamamış olan söz konusu pay sahipleri

⁵⁵ Kanuni bağlam olarak ifade edilen TTK m. 491, bedeli tamamen ödenmemiş nama yazılı paylar, ancak şirketin onayı ile devrolunabilir hükmünü haizdir.

⁵⁶ TTK m. 492 ila 498. maddelerinde düzenlenen esas sözleşmesel bağlam hükümlerinde genel kural esas sözleşmeye konacak hüküm ile, nama yazılı payların ancak şirketin onayı ile devredilebileceğinin öngörülebileceğini belirten TTK m. 492 f. I hükmüdür.

⁵⁷ DEMİRBAŞ, s. 79.

her ne kadar iptal davası açma seçenekleri varsa da bu olanaktan yararlanamayacaktır⁵⁸.

Bununla birlikte, TTK m. 421 fıkra 3 c bendi uyarınca, sözleşme değişikliği ile yeni bağlam getirmesi halinde karara olumsuz oy veren paydaşlara paylarını serbestçe devredebilecekleri bir süre tanınmamıştır. Oysa karara muhalif kalan paydaşlar açısından, aynı türden serbest devir süresine işletme konusunun tamamen değiştirilmesi ve imtiyaz hallerinden çok, nama yazılı payların devrine yeni bağlam getirilmesi halinde ihtiyaç olduğu muhakkaktır⁵⁹ ve bu çelişkinin kanun koyucu tarafından ilk imkânda giderilmesi gerekmektedir⁶⁰.

C. Pay Senetleri Menkul Kıymet Borsalarında İşlem Gören Şirketler ile Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Şirketlere İlişkin Genel Kurul Toplantı ve Karar Yeter Sayıları

6102 s. TTK, pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerin bazı konularda kararlar alınabilmesini kolaylaştırmak amacıyla istisnai bir hüküm getirerek, yapılacak genel kurul toplantılarında, esas sözleşmelerinde aksine hüküm yoksa TTK m. 418 fıkra I'de adi toplantı ve karar yeter sayısını yeterli görmüştür (TTK m. 421/f. V). Buna göre, sermayenin artırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine ilişkin esas sözleşme değişikliği ile birleşmeye, bölünmeye ve tür değiştirmeye ilişkin kararlar TTK m. 418/I gereği, genel kurulda ilk toplantıda sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların varlığının mevcudiyeti ve ikinci toplantıda hangi oranda sermaye payı temsil edilirse edilsin toplantıda temsil edilen mevcut paylar ile toplanılarak toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile alınır.

Hükümde belirtilen toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin adi yeter sayının uygulanabilmesi için anonim şirketin halka açık olması yetmeye-

⁵⁸ DEMİRBAŞ, s. 81.

⁵⁹ KENDİGELEN, s. 321; ÇAMOĞLU, s. 242. Kendigelen, gerekçedeki ifadenin aksine, ortağa payını serbestçe devir imkânının tam da bu halde sağlanmasının zorunlu olduğunu ve bir ortağın ortaklığa girerken mevcut olmayan bir devir sınırlamasına, kendi karşı iradesine rağmen muhatap kılınmasının adil olmadığını; gerekçede anılan "bağlamdan beklenen yararın etkisiz kalacağı" yönündeki endişenin de kesinlikle yersiz olduğunu ifade etmektedir, KENDİGELEN, s. 321.

⁶⁰ ÇAMOĞLU, s. 242.

cek; pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören bir anonim şirketin varlığı gerekecek⁶¹ ve sadece TTK m. 421 f. V/a ve b bentlerinde belirtilen kararlarda söz konusu yeter sayılar uygulanacaktır.

Halka açık anonim şirketlerle ilgili genel kurul toplantılarına ilişkin esasların hükme bağlandığı Sermaye Piyasası Kanunu'nun⁶² (SPK) 29. maddesinin üçüncü fıkrası, halka açık ortaklıkların genel kurul toplantılarında, ortaklık merkezinin yurt dışına taşınması ile bilanço zararlarının kapatılması için yükümlülük ve ikincil yükümlülük koyan kararlar hariç olmak üzere, bu Kanunda veya esas sözleşmelerinde daha ağır nisaplar öngörülmediği takdirde 6102 sayılı TTK'nın 418. maddesinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla oy birliği ile alınması gereken kararlar hariç olmak üzere, kural olarak halka açık anonim şirketler esas sözleşmeyi değiştiren bir karar dahi olsa TTK m. 418'de öngörülen adi nisapla toplanıp karar alacaktır.

Pay senetleri menkul kıymet borsalarında işlem gören şirketlerin sermayenin artırılması ve kayıtlı sermaye tavanının yükseltilmesine ilişkin esas sözleşme değişikliği ile birleşmeye, bölünmeye ve tür değiştirmeye ilişkin kararlarının adi nisapla alınacağını öngören TTK m. 421 f. V ile oybirliği gerektiren kararlar hariç, HAAŞ'lerde oybirliği gerektiren kararlar hariç, tüm esas sözleşme değişikliklerinde adi nisabın aranması iki kanun metni arasındaki uyumsuzluğu göstermektedir. Zira TTK m. 421 f. V, tüm HAAŞ'lerde değil sadece borsaya kote şirketler için ve belli kararlar için adi nisabı öngörmüşken, SPK m. 29 f. III ile tüm HAAŞ'ler için ve dolayısıyla TTK m. 421 f. V hükmünü de kapsayan bir düzenleme getirmektedir. Sonraki ve özel kanun olması sebebiyle SPK m. 29/f. III hükmünün uygulanacağını söylemek gerekir.

Halka açık ortaklıklarda yeni pay alma haklarının kısıtlanmasına, kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kuruluna yeni pay alma haklarını kısıtlama yetkisinin verilmesine, sermaye azaltımına ve 23. maddenin birinci

⁶¹ Hüküm, sadece hisse senetleri borsada işlem gören anonim şirketlere uygulanır, bu nitelikte olmayan halka açık anonim şirketler hükmün kapsamında değildir. Hüküm, mezkur anonim şirketler bakımından önem taşıyan, ancak ağırlaştırılmış nisaplarla alınması çok güç olan kararların alınmasını mümkün kılmak için öngörülmüştür. İstisnai nitelik taşıyan hükmün kıyas yoluyla genişletilemeyeceği şüphesizdir, Gereğe, m. 421 fıkra V.

⁶² 30.12.2012 RG. 28513 S.

fıkrasına göre belirlenen önemli nitelikteki işlemlere⁶³ ilişkin kararların genel kurulca kabul edilebilmesine ilişkin, esas sözleşmelerinde açıkça oran belirtilmek suretiyle daha ağır nisaplar öngörülmediği takdirde, toplantı nisabı aranmaksızın, ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi şartı aranır. Ancak, toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması halinde, esas sözleşmede açıkça daha ağır nisaplar öngörülmedikçe, toplantıya katılan oy hakkını haiz payların çoğunluğu ile karar alınır⁶⁴ (SPK m. 29 f. VI).

IV. İMTİYAZLI PAY SAHİPLERİ ÖZEL KURULUNDA YETER SAYILAR

Anonim şirkette esas sözleşme ile bazı paylara imtiyaz tanınmışsa (TTK m. 473 f. I) ve genel kurulca esas sözleşmenin değiştirilmesine dair verilen karar, imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edecek nitelikte ise, imtiyazlı pay sahipleri özel kurul veya kurullarında alınan bir kararla onanması gerekir⁶⁵. Aksi takdirde, imtiyazlı pay sahipleri özel kurul kararı olmadıkça alınan genel kurul kararı geçerli, ancak askıda olup yerine getirilemez⁶⁶.

⁶³ SPK m. 23 f. I'de önemli nitelikteki işlemlere, halka açık anonim ortaklığın birleşme, bölünme işlemlerine taraf olması, tür değiştirme veya sona erme kararı alması, mlvarlığının tümünü veya önemli bir bölümünü devretmesi veya üzerinde bir ayni hak tesis etmesi veya kiralaması, faaliyet konusunu tümüyle veya önemli ölçüde değiştirmesi, imtiyaz öngörmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunu değiştirmesi ve borsa kotundan çıkması sayılmıştır.

⁶⁴ Yeter sayılarla ilgili oran öngörülürken, sistematik açıdan ilk toplantıda belirtilen oranın fazla olması, izleyen toplantılarda oranın düşmesi beklenir. Söz konusu hükmün (SPK m. 29 f. VI), ilk cümlesinde, ilk toplantıda "toplantı nisabının aranmaksızın, ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oyuyla alınabileceğinin" belirtilmesi toplantıya katılan pay sahiplerinin sayısının az olması karşısında çok düşük bir yeter sayı ile karar alınabilecektir. Fıkranın ikinci cümlesinde, "Ancak, toplantıda sermayeyi temsil eden oy hakkını haiz payların en az yarısının hazır bulunması halinde, toplantıya katılan oy hakkını haiz payların çoğunluğu ile karar alınır" ifadesi ile toplantı yeter sayısı aranmaktadır. Madde içi çelişkinin olduğu hükümde, ikinci cümle ile ilk cümlelerin yer değiştirmesi ve aralarında bir kademelendirilme yapılması teknik olarak daha doğru olacaktır.

⁶⁵ PULAŞLI, s. 366; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 280.

⁶⁶ MOROĞLU Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2012, s. 31.

TTK m. 454 f. III'de, imtiyazlı pay sahiplerini özel kurullarının toplantı ve karar yeter sayılarını⁶⁷ düzenlemiştir. Hükme göre, özel kurul imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışının çoğunluğuyla toplanır ve toplantıda temsil edilen payların çoğunluğuyla karar alır. İzleyen toplantılarda düşmeyen bu ağır nisaplarla şirketin korunması ve küçük bir çoğunlukla olumsuz karar alınmasının önlenmesi amaçlanmıştır⁶⁸.

Ancak, genel kurulda, imtiyazlı payların sahip veya temsilcileri, esas sözleşmenin değiştirilmesine, 3. fıkrada öngörülen toplantı ve karar nisabına uygun olarak olumlu oy vermişlerse ayrıca özel toplantı yapılamayacağı belirtilmek gerekir (TTK m. 454/f. IV).

V. YÜRÜRLÜK KANUNU UYARINCA GENEL KURUL TOPLANTI VE KARAR YETER SAYILARI

6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un⁶⁹ (YürK.) çalışmamızın kapsamı ile ilgili olarak 26. maddesinde ana sözleşmelerde yer alan ve kanundan farklı toplantı ve karar yeter sayıları öngören hükümlerin akıbeti ile 20. maddesinin ikinci fıkrasında mevcut anonim şirketin asgari sermayelerinin yeni kanundaki miktarlara yükseltilmesi amacıyla kanun koyucu tarafından sağlanan genel kurul toplantı ve karar yeter sayıları incelenecektir.

Bir anonim şirketin esas sözleşmesinde genel kurulun toplantı ve yeter sayılarına, madde numarası belirtilerek veya belirtilmeksizin 6762 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüşse, bu şirketler TTK'nın yürürlüğe girmesinden (01.07.2012) itibaren 12 aylık uyarılama süresi⁷⁰

⁶⁷ 6762 s. ETTK'nın yürürlükte olduğu dönemde, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu toplantı ve karar yeter sayıları konusunda TTK m. 389 ve 391 inci maddelerinin yaptıkları atıf gereği TTK 388'in 3. ve 4. fıkraları uygulanır, KARAHAN, Sami: Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması, İstanbul 1991, s. 144.

⁶⁸ GEREKÇE, m. 454 f. III.

⁶⁹ RG. 14.01.2011, S. 27846, Yürürlük Tarihi 01.07.2012.

⁷⁰ YürK.'nin 22. maddesine göre, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın bu maddede öngörülen süreyi ancak bir yıla kadar uzatabileceği belirtilmiştir. Bakanlık tarafından çıkarılan 29.06.2013 RG. ve 28692 S. Anonim ve Limited Şirketlerin Sözleşmelerinin Türk Ticaret Kanununa Uyumlu Hale Getirilme Süresinin Uzatılma Süresine İlişkin Tebliğ ile anonim şirketlerin ana sözleşmelerini TTK'ya uyumlu hale getirmeleri için öngörülen süreyi 1.7.2014 tarihine kadar uzatmıştır, BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 86-87 dn. 242.

içinde esas sözleşmelerini değiştirerek, anılan Kanuna uygun düzenleme yapmakla yükümlüdürler. Aksi takdirde bu sürenin geçmesi ile birlikte TTK'nın genel kurul toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin hükümleri (TTK m. 418 ve 421) uygulanır. Sadece bu oniki ay içinde yapılan genel kurullarda 6762 s. Kanunun genel kurulların toplantı ve karar yeter sayıları hakkındaki hükümleri uygulanır (YürK. m. 26/I).

Sadece bu süre içinde yapılacak genel kurullarda, 6762 sayılı Kanun'un toplantı ve karar nisaplarına dair hükümlerinin uygulanmaya devam edileceği, YürK. m. 26/f. I, c.3'de belirtilmiş ise de, YürK. m. 20/f. II, c.2 bu fıkra hükümlerinin madde 26 uyarınca yapılacak ana sözleşme değişikliklerinde de uygulanmasını öngördüğü ve m. 20/f. 2, yapılacak genel kurullarda toplantı nisabı aranmayıp, mevcut oyların çoğunluğuyla karar alınmasını mümkün kıldığı için, 12 aylık sürede YürK. m. 26 uyarınca ana sözleşme değişiklikleri için yapılacak genel kurullarda toplantı nisabı aranıp aranmayacağı tartışma⁷¹ yaratacak bir sorundur⁷².

YürK. m. 26/f. II'ye göre, herhangi bir sözleşmede, taahhütnamede, temliknamede veya diğer bir belgede eTTK'nın 388. maddesine madde numarası belirtilerek veya bu maddenin içeriğine yapılan atıf TTK'nın 421. maddesine yapılmış sayılır⁷³ (YürK. m. 7). Diğer bir anlatımla bu

⁷¹ Kendigelen, YürK. m. 20/ f. II, c. 2 hükmünün lafzı itibarıyla, birinci cümlede yer alan ve herhangi bir toplantı nisabı aramayan düzenlemeyi de kapsayacağını, fakat, YürK. m. 26/f. 1, c. 3 karşısında böyle bir yorum yapılmasının mümkün olmadığını ve dolayısıyla, toplantı nisabı aranması gerektiğini belirtmektedir, KENDİGELEN, s. 321, dn. 184. Bah-tiyar/Hamamcıoğlu ise, YürK. m.20/f. II, c. 2 hükmünü toplantı nisabı aranmayacağını öngören ilk cümleden ayrı yorumlanmamasının gerektiğini belirterek bu iki hükmü ana sözleşme değişiklikleri için yapılacak genel kurullarda uygulanacak toplantı ve karar nisabı konusunda eTTK'ya atıf yapan hükümlerin değiştirilmesi amacıyla, m. 26 uyarınca yapılacak değişiklikler için genel kurul toplantı nisabı aranmayıp, mevcudun çoğunluğu ile karar alınmasına imkân verilmesi; ana sözleşme değişiklikleri dışındaki diğer genel kurullarda uygulanacak toplantı ve karar yeter sayıları konusunda eTTK'ya atıf yapan hükümlerin değiştirilmesi amacıyla yapılacak genel kurullar için ise m. 26/f. I atfı ile uygulanacak eTTK'dan hareketle toplantı yeter sayısı aranması şeklinde bir çözüm önerisi getirerek yorumlanmaktadır, BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 88.

⁷² BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 87.

⁷³ BAHTİYAR, Mehmet: 6335 sayılı Kanun ile Yeni TTK'da Yapılan Değişiklikler ve İşletmeler/Şirketler İçin TTK'ya Uyum Takvimi, İstanbul 2012, s. 39.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

varsayımda yeni Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren TTK m. 421 uygulanacaktır⁷⁴.

Bir esas sözleşmede, esas sözleşme değişikliklerine ilişkin olarak 6762 sayılı Kanunun 388 inci maddesindekinden daha ağır nisaplar öngörülmüş olup da bunlar TTK'nın 421. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen nisaplardan ağır ise, bunların uygulanmasına devam olunabilir. Ağırlaştırılmış nisaplara dair esas sözleşmedeki veya herhangi bir sözleşme veya hukuki metindeki özel düzenleme TTK'nın 421. maddesine göre daha hafif ise TTK m. 421 uygulanır (YürK. m. 25/III).

SONUÇ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan anonim şirketler genel kurulunda aranacak toplantı ve karar yeter sayılarına ilişkin hükümlere genel olarak bakıldığında, kanun koyucunun 6762 sayılı eTTK'nın yürürlükte olduğu dönemde var olan hükümlerin yorumlanmasında lafzen ve esasa dair tereddüt edilen belirsizliklerin ve yanlış anlamaların önüne geçmek için birtakım düzenlemeler yapmak istediği anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda yapılan değişiklikler incelendiğinde, bunda başarılı olduğu ve böylelikle tereddütlerin giderildiği söylenebilir. Örneğin eTTK zamanında kanunda açık bir düzenleme olmaması sebebiyle genel kurul toplantı ve karar yeter sayılarının esas sözleşme hükmüyle değiştirilip değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesi mümkünse bunu ne şekilde olabileceği tartışması yeni TTK döneminde, TTK m. 418 f. I hükmünde öngörülen "genel kurullar, bu Kanunda veya esas sözleşmede, aksine daha ağır bulunan haller hariç, toplanır" şeklindeki ifadesi ile son bulmuştur. Artık yeter sayının esas sözleşme ile değiştirilebileceği ve fakat bu oranın hafifletilemeyecek ancak ağırlaştırılabilecek olması açıklığa kavuşmuştur.

Bununla birlikte, bazı hükümlerdeki ifade bozuklukları bir yana, TTK'da, sadece şekli olarak değil esas bakımından da etki doğurabilecek bazı ifadelerin yer aldığı hükümler mevcuttur. Bunlara örnek olarak, şimdiden doktrinde tartışma konusu olan ve çalışmamızda yer verdiğimiz TTK'nın 418. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Bu nisabın toplantı süresince korunması şarttır" hükmü verilebilir. Yeter sayının genel kurul

⁷⁴ ÇAMOĞLU, s. 246.

toplantısı devam ederken bozulması halinde, toplantıda yeter sayının bozulduğu ana kadar, usule uygun olarak gerekli toplantı ve karar yeter sayılara ulaşılarak alınan kararlar geçerli mi sayılacak yoksa bu oran toplantı boyunca korunmadığından kararlar geçersiz mi olacak meselesi, maalesef hükmün lafzının açık olmamasından ileri gelmektedir. Ayrıca hükmün gerekçesi de bu konu ile ilgili sessiz kalmıştır.

Uygulamada tereddütlere yol açabilecek bir başka husus ise oybirliği gerektiren esas sözleşme değişikliklerinden biri olan “şirketin işletme konusunun tamamen değiştirilmesi” düzenlemesindeki işletme konusunun “tamamen değiştirilmesi” kavramının kapsamı tayin ederken karşılaşılabilecek belirsizliklerdir.

Son olarak TTK'nın bazı hükümlerinin, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un bazı hükümleri ile uyumsuzluğu mevcuttur. Keza aynı uyumsuzluk daha sonra (30.12.2012 RG., 28513 S.) yürürlüğe giren Sermaye Piyasası Kanunu'nun bazı hükümleri ile de devam etmiştir. Bu uyumsuzlukların yasal düzenlemeler ile giderilmesi gerektiğini belirtmek gerekir.

KAYNAKÇA

ANSAY, TUĞRUL: Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1982.

ARSLANLI, HALİL: Anonim Şirketler II – III, Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul 1960.

BAHTİYAR, MEHMET/HAMAMCIOĞLU, ESRA: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Toplantıları, İstanbul 2014.

BAHTİYAR, MEHMET/HAMAMCIOĞLU, ESRA: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Genel Kurulun Fiziken Yapılması, Erhan Adal'a Armağan, İstanbul 2012.

BAHTİYAR, MEHMET: Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2014.

BAHTİYAR, MEHMET: 6335 sayılı Kanun ile Yeni TTK'da Yapılan Değişiklikler ve İşletmeler/Şirketler İçin TTK'ya Uyum Takvimi, İstanbul 2012.

BAHTİYAR, Mehmet: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Dili ve İfadeleri Yönünden Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, S. 31, s. 2457 vd., İstanbul 2005.

BİLGİLİ, FATİH/DEMİRKAPI, ERTAN: Şirketler Hukuku Dersleri, Bursa 2013.

von BÜREN/Roland/STOFFEL, Walter/WEBER, Rolf: Grundriss des Aktienrechts, 3. Bası, Zürih 2011.

COŞTAN, HÜLYA: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın Yeniden Yapılanma Kararlarını Düzenleyen Hükümleri, Ankara 2009.

ÇAMOĞLU, ERSİN: Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Genel Kurulunda Nisaplar, Yaklaşım Dergisi, Ocak 2013.

DOMANIÇ, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi, Cilt: 2, İstanbul 1988.

HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WATTER, Rolf (Editörler): Basler Kommentar Obligationenrecht II, 4. Bası, Zürih 2012. (Atıf yapılan maddelerin yazarları: DUBS/TURUFFER).

İMREGÜN OĞUZ: Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yeter Sayıları, İÜHFİM, C. 50, S. 1-4, İstanbul 1984.

İMREGÜN OĞUZ: Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Toplantı ve Karar Yeter Sayıları, İÜHFİM, C. 50, s. 1 – 4, İstanbul 1984.

KARAHAN, SAMİ (Editör): Şirketler Hukuku, Konya 2012.

KARSLIOĞLU, HASAN: Anonim Şirketlerde Genel Kurul Kararları Alınması ve Etkileri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

KAYA, ARSLAN: Karşılaştırmalı Notlu Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 2012.

KENDİGELEN, ABUZER: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, İstanbul 2012.

KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/ NOBEL, Peter/SCHWANDER, Ivo/WOLF, Stephan (Editörler): OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Bası, Zürih 2009. (Atıf yapılan maddelerin yazarları: SOMMER/OBERHOLZER).

LIPP, Lorenz/MÜLLER, Roland/PLÜSS, Adrian: Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2011, s. 587 vd.

MOROĞLU, ERDOĞAN: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul 2012.

MOROĞLU, ERDOĞAN: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararla-

rının Hükümsüzlüğü, İstanbul 2012.

MOROĞLU, ERDOĞAN: Tasarı Hakkında Genel Değerlendirme, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. I, Y. 2005.

POROY, REHA/TEKİNALP, ÜNAL/ÇAMOĞLU, ERSİN: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010.

PULAŞLI, HASAN: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2013.

PÜSKÜLLÜOĞLU, ALİ: Türkçe Sözlük, Ankara 2012.

ROBERTO, Vito/TRÜEB, Hans Rudolf (Editörler): Handkommen-
tar zum Schweizer Privatrecht - Personengesellschaften und Aktiengesellschaft - Art. 530-771 OR, 2. Bası, Zürih 2012. (Atıf yapılan maddelerin yazarları: TANNER).

ŞENER, ORUÇ HAMİ: Ortaklıklar Hukuku, İzmir 2012.

TANNER, Brigitte: Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar), Cilt: V/5b, Die Generalversammlung, Art. 698-706b OR, 2. Bası, Zürih 2003.

TEKİNALP ÜNAL: Genel Kurul Toplantı Yeter Sayılarına İlişkin Bazı Sorunlar, İktisat ve Maliye Dergisi 1978, C. XV, S. I.

TEKİNALP, ÜNAL: Genel Kurul Toplantı ve Karar Yeter Sayılarına İlişkin Bazı Sorunlar, İktisat ve Maliye Dergisi, Y. 1978, C. XV, S. I.

TEKİNALP, ÜNAL: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013.

TÜRK DİL KURUMU, Türkçe Sözlük, Ankara 2012.

ÜÇİŞİK, GÜZİN/ÇELİK, AYDIN: Anonim Ortaklıklar Hukuku, Cilt: 1, Ankara 2013.

YILMAZ, EJDER: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2006.

DAS WTO-STREITBEILEGUNGSVERFAHREN UND SEINE BEDEUTUNG FÜR DEN CODEX ALIMENTARIUS

(DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ'NDE HUKUKİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ USULÜ
VE BU USULÜN CODEX ALIMENTARIUS – GIDA GÜVENLİĞİ STANDARTLARI
BAKIMINDAN ARZ ETTİĞİ ÖNEM)

Araş. Gör. / Res. Asst. Friederike VOSKAMP*

ÖZET

Bu çalışmada ilk olarak Dünya Ticaret Örgütü'nde hukuki uyuşmazlıkların çözümü usulünün esasları, yaptırımların uygulanması aşamasına kadar incelenmiş; sonrasında ana hatları ortaya konan bu usulün codex alimentarius – gıda güvenliği standartları bakımından arz ettiği önem ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Dünya Ticaret Örgütü, Dünya Ticaret Örgütü'nde hukuki uyuşmazlıkların çözümü usulü, codex alimentarius – gıda güvenliği standartları, Dünya Sağlık Örgütü, Birleşmiş Milletler Gıda ve Tarım Örgütü.

ABSTRACT

Im vorliegenden Beitrag wird zuerst der Ablauf des WTO-Streitbeilegungsverfahrens bis zur Verhängung von Sanktionen erläutert und anschließend die Bedeutung des Verfahrens für den Codex Alimentarius herausgestellt.

* Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin, Institut für Informations-, Gesundheits- und Medizinrecht, Universität Bremen / Doctoral Researcher, Institute for Information, Health and Medical Law, University of Bremen, E-mail: voskamp@uni-bremen.de

Keywords: Die Welthandelsorganisation (WTO), WTO-Streitbeilegungsverfahren, Codex Alimentarius, Verhängung von Sanktionen, Weltgesundheitsorganisation, Ernährungs- und Landwirtschaftsorganisation der Vereinten Nationen.

I. Einleitung

Die Welthandelsorganisation (World Trade Organization, WTO) mit Sitz in Genf verfügt über ein für internationale Organisationen einmaliges Streitbeilegungssystem, das der Einhaltung der Rechte und Obligationen aus den abgedeckten Übereinkünften dient und dabei insgesamt deutliches Lob erfährt¹. Wie noch zu zeigen ist, ist das WTO-Streitbeilegungsverfahren äußerst regelorientiert und gerichtsförmig und unterliegt in seinem Verfahrensablauf engen zeitlichen Bestimmungen. Erfolgt keine Entscheidungsumsetzung in einem als angemessen festgesetzten Zeitraum, besteht für den antragsstellenden Staat die Möglichkeit vertragliche Zugeständnisse oder sonstige Pflichten aus den abgedeckten Übereinkommen auszusetzen und den WTO-Rechtsbrecher so zur Wiederherstellung des rechtskonformen Zustandes zu bewegen. Zu einer solchen Aussetzung von Zugeständnissen als Sanktionsmittel zur Durchsetzung der Streitbeilegungsentscheidung kam es im Streit der USA und der EG um hormonbehandeltes Rindfleisch und im Streit um die Bananenmarktverordnung der EG mit den USA und Ecuador.²

Im Folgenden wird der Ablauf des Streitbeilegungsverfahrens bis zur Verhängung von Sanktionen erläutert und anschließend die Bedeutung des Verfahrens für den Codex Alimentarius herausgestellt.

II. Ablauf des WTO-Streitbeilegungsverfahrens

Sieht sich ein Mitgliedsstaat dahingehend durch ein anderes WTO-Mitglied benachteiligt, dass er nicht oder nur eingeschränkt in den Genuss von Vorteilen kommt, die ihm nach den WTO-Übereinkommen zustehen,

¹ Vgl. Hilf/Salomon in Hilf/Oeter (Hrg.), WTO-Recht, § 7 Rn. 1.

² Vgl. zum Hormonstreitfall WT/DS26/ARB v. 12.7.1999 und zum Bananenstreitfall WT/DS27/ARB/ECU v. 24.3.2000.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

so kann er das DSU-Streitbeilegungsverfahren anstrengen.³ Dieses wird vor allem in der Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (Dispute Settlement Understanding, DSU) geregelt, das mit der WTO am 1. Januar 1995 in Kraft trat. Das Streitbeilegungsverfahren lässt sich in zwei große Verfahrensabschnitte aufgliedern, das Erkenntnis- und das Implementierungsverfahren. Die Streitparteien haben zudem während des gesamten Verfahrens jederzeit die Möglichkeit, den Konflikt auf diplomatischem Weg beizulegen bzw. bei klar formulierten Streitfragen alternativ zum regulären Streitbeilegungsverfahren ein Schiedsverfahren gem. Artikel 25.1 DSU anzustrengen. Von dieser Möglichkeit wird jedoch in der Praxis kaum Gebrauch gemacht.⁴

1. Das Erkenntnisverfahren

Das Erkenntnisverfahren umfasst die Konsultations-, Panel- und Revisionsphase.

Da das DSU eine einvernehmliche Lösung von Streitigkeiten anstrebt, sind die Streitparteien stets zunächst verpflichtet, Konsultationen über den Konflikt aufzunehmen, indem sie ein entsprechendes Begehren an den angeblich WTO-rechtswidrig handelnden Staat richten. Diese Konsultationen haben ausschließlich diplomatischen Charakter.⁵ Durch sie soll den Parteien die Möglichkeit gegeben werden, noch einmal ihre Standpunkte darzulegen und sich um eine einvernehmliche Lösung des Streits zu bemühen. Bei den Konsultationen handelt sich um den ersten obligatorischen Schritt im WTO-Streitbeilegungsverfahren.

Gelingt es den Parteien nicht, innerhalb von sechzig Tagen die Kontroverse durch Konsultationen oder durch Hilfe Dritter beizulegen, kann der beschwerdeführende Staat die Einsetzung eines Panels durch das Dispute Settlement Body (DSB), dem zentralen Streitbeilegungsorgan der WTO, beantragen. Ein solches Recht kommt allein den Mitgliedstaaten der WTO zu. Im Panelverfahren wird ein unabhängiges Streitbeilegungsgremium⁶, das aus grundsätzlich drei Personen, die auf dem Gebiet des Han-

³ Hilf/Salomon in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 7 Rn. 24.

⁴ Hilf/Salomon in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 7 Rn. 17 m.w.N.

⁵ Letzel, Streitbeilegung im Rahmen der Welthandelsorganisation, S. 251.

⁶ Hilf/Salomon in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 7 Rn. 25.

delsrechts oder der Handelspolitik anerkannt und erfahren sind, mit der rechtlichen Beurteilung des Sachverhalts beauftragt. Das Panel hat im Rahmen des ihm durch das DSB auferlegten Mandates den Sachverhalt und dessen rechtliche Beurteilung zu entscheiden und gibt schließlich einen schriftlichen Abschlussbericht an das DSB ab. Dieser wird vom DSB durch negativen Konsens angenommen, d.h. eine Nichtannahme erfolgt nur dann, wenn alle Mitgliedstaaten die Annahme ablehnen. Mit der Annahme des Berichts durch das DSB wird dieser für die Parteien verbindlich.

Im Revisionsverfahren ist schließlich eine Revisionseinlegung beim so genannten Appellate Body als ständigem Gremium möglich. Der Appellate Body kann den Panelbericht aufheben, abändern oder bestätigen. Innerhalb von grundsätzlich 60, maximal aber 90 Tagen hat eine Untersuchung durch den Appellate Body zu erfolgen, der daraufhin einen Bericht an den DSB abgibt. Der Abschlussbericht gilt gemäß Artikel 17.14 DSU als durch den DSB angenommen, solange dieses nicht innerhalb von 30 Tagen nach Bekanntgabe des Berichts wiederum im Wege des negativen Vetos etwas anderes entscheidet.

2. Das Implementierungsverfahren

Mit der Annahme des Berichts des Panel bzw. des Appellate Body ist der Erkennende Teil des Verfahrens abgeschlossen. Es schließt sich das Implementierungsverfahren an. In dieser Phase kann in letzter Konsequenz die Aussetzung von Zugeständnissen genehmigt werden.

Wird vom Panel oder dem Appellate Body ein Verstoß gegen die WTO-Regeln festgestellt, so hat die unterlegene Partei innerhalb von 30 Tagen nach Annahme des Berichts durch den DSB mitzuteilen, wie es die Entscheidung umzusetzen beabsichtige. Ist eine unverzügliche Umsetzung nicht möglich, wird ein „angemessener Zeitraum“ festgelegt. Die Entscheidungsumsetzung wird gemäß Artikel 21.6 DSU durch das DSB überwacht. Erfolgt die Entscheidungsumsetzung nicht in dem als angemessen erachteten Zeitraum, kommt es zunächst zu Verhandlungen über einvernehmliche Kompensationen. Es handelt sich hierbei um angemessene Entschädigungen für die von der Gegenseite erlittenen wirtschaftlichen

Einbußen, die sich aber lediglich auf zukünftige Einbußen, nicht jedoch auf bereits erlittenen Schaden beziehen.

Scheitern diese Verhandlungen und erfolgt auch keine Entscheidungsumsetzung kann gemäß Artikel 22.3 DSU die Aussetzung von Zugeständnissen beantragt werden, über die das DSB entscheidet. Nimmt das DSB den Antrag an, dürfen nach den Vorgaben des Art. 22.3-8 DSU Sanktionen von dem Mitgliedstaat verhängt werden, aus dem die Produkte stammen, bei denen eine Schmälerung oder Zunichtemachung von Vorteilen festgestellt wurde. Vertragliche Zugeständnisse können unter bestimmten Voraussetzungen zudem in einem Sektor ausgesetzt werden, in dem keine Schmälerung oder Zunichtemachung von Vorteilen erfolgt ist, vgl. Artikel 22.3 lit. c DSU. Es handelt sich dabei um so genannte „Cross-Retaliation“.

Die unterlegene Partei kann zudem erneut ein Schiedsverfahren anstrengen,⁷ indem sie sich darauf beruft, dass die Sanktion nicht angemessen oder die vorgesehenen Maßnahmen sonst rechtswidrig sind.⁸

III. Bedeutung des WTO-Streitbeilegungsverfahrens für die transnationale Rechtsentwicklungen

Zu den Übereinkünften, die durch das WTO-Streitbeilegungsverfahren abgedeckt werden, gehören nach Appendix 2 des DSU auch das „Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures“ (SPS-Agreement) sowie das „Agreement on Technical Barriers to Trade“ (TBT-Agreement). Beide Regelwerke sehen vor, dass die Mitgliedstaaten im Lebensmittelbereich Standards festlegen können; diese sollen jedoch wiederum auf internationalen Standards aufbauen, wie die der Codex Alimentarius Kommission.

Die Codex Alimentarius-Kommission wurde 1962 mit Blick auf die weltweite Zunahme des Lebensmittelhandels als gemeinsame Einrichtung der Ernährungs- und Landwirtschaftsorganisation der Vereinten Nationen

⁷ Vgl. Artikel 22.6 DSU.

⁸ Gem. Artikel 22.6 kann im Schiedsverfahren neben der Höhe der vorgeschlagenen Sanktionen lediglich eine Verletzung des in Artikel 22.3 DSU festgesetzten Verfahrens zur Auswahl der betroffenen Sektoren beanstandet werden, nicht jedoch die Art der Sanktion.

(Food and Agriculture Organization of the United Nations, FAO) und der Weltgesundheitsorganisation (World Health Organization, WHO) mit dem Ziel gegründet, den fairen Handels mit Lebensmitteln zu fördern und die Gesundheit der Verbraucher zu schützen. Sie hat mittlerweile 185 Mitgliedsstaaten und entwickelt in Zusammenarbeit mit Regierungsvertretern, Wissenschaftlern, Vertretern der Wirtschaft und Verbraucherverbänden in verschiedenen Arbeitsgruppen und Komitees Standards für Lebensmittel⁹. Die Standards sind rechtlich unverbindlicher Natur; sie stellen mithin so genanntes soft law dar. Auf ihrer Grundlage können die Mitgliedstaaten wiederum ihre nationalen Bestimmungen harmonisieren.

Die Codex Alimentarius-Standards sind aufgrund der weitgehend gleichberechtigten Beteiligung von Vertretern der Wirtschaft oder von NGOs an ihrer Entwicklung ein Beispiel einer transnationalen Regulierung, die auf hybriden Akteursstrukturen beruht.

Die zunehmende Nutzung dieser Akteursstruktur bei der Regelsetzung ist Ausdruck des Phänomens, dass die zunehmende Globalisierung der Gesellschaft das Recht vor neue, bisher unbekannte Herausforderungen stellt. Auf diese Entwicklung wird im Sinne einer Transnationalisierung des Rechts vermehrt durch eine Einbeziehung Privater in die Rechtssetzung reagiert.

Auch wenn die Standards der Codex Alimentarius Kommission unverbindlicher Natur sind, sind sie aufgrund ihrer Einbeziehung in das Streitbeilegungsverfahren der WTO letztlich doch von rechtlicher Bedeutung: Schafft ein Mitgliedstaat der WTO Standards, die über die Vorgaben des Codex Alimentarius hinausgehen, so können diese entsprechend der Vorgaben des SPS- bzw. TBT-Agreement eine Schmälerung von Handelsvorteilen darstellen, die im Rahmen des WTO-Streitbeilegungsverfahrens angegriffen werden können. Durch diese Möglichkeit, wird die Bedeutung des Codex Alimentarius enorm erhöht; wollen Mitgliedstaaten strengere Standards erreichen, so müssen sie diese grundsätzlich in der Codex Alimentarius-Kommission durchsetzen.

⁹ Abrufbar unter: <http://www.codexalimentarius.org/standards/en/> (Stand: 11.06.2013).
YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

IV. Fazit

Das WTO-Streitbelegungsverfahren unterliegt strengen Regeln und Zeitvorgaben und ermöglicht im letzten Schritt die Aussetzung von Zugeständnissen. Dabei ist es nicht ohne Schwächen: da die Sanktionsmöglichkeiten grundsätzlich prospektiv angelegt sind, können durch die immer noch recht lange Verfahrensdauer auf Seite des antragsstellenden Staates erhebliche wirtschaftliche Einbußen entstehen; es ist außerdem kein kollektives Zwangsmittel vorgesehen. Der antragsstellende Staat muss vielmehr allein Druck auf den Verletzerstaat ausüben die inkriminierte Handelspraxis einzustellen. Dadurch ist die wirtschaftliche Stärke der Streitparteien von entscheidender Bedeutung, was vor allem für Entwicklungsländer problematisch ist. Daneben stellt die Aussetzung von Zugeständnissen neue Handelsbarrieren dar und führt damit zu einem niedrigeren Liberalisierungsniveau.

Trotz dieser Mängel ist festzustellen, dass das Streitbelegungssystem die in dieser Form einzigartige Möglichkeit bietet, die Einhaltung von internationalen Bestimmungen durch Staaten zu kontrollieren, und damit die Rechtssicherheit erhöht. Dem Codex Alimentarius verleiht das WTO-Streitbelegungsverfahren zudem dadurch erhebliches Gewicht, dass nur Standards, die diesem entsprechen, nicht durch das Verfahren angegriffen werden können. Damit stellt der Codex ein Beispiel dafür dar, dass sich durch den Einfluss des internationalen Rechts aus transnationalen soft-law Standards letztlich doch Folgen für das nationale Recht ergeben.

Literaturverzeichnis

- Hilf, Meinhard/Salomon, Stefan (Hrg.): *WTO-Recht* (2. Aufl., 2010).
Letzel, Hans-Joachim: *Streitbeilegung im Rahmen der Welthandelsorganisation* (1999).

CONDORCET'İN DOĞRUDAN DEMOKRASİ ANLAYIŞI VE 1793 GIRODINE ANAYASASI PROJESİ'NE YANSIMALARI

(CONDORCET'S VIEW OF DIRECT DEMOCRACY AND ITS REFLECTIONS ON 1793
GIRODIN CONSTITUTIONAL PROJECT)

Araş. Gör. / Res. Asst. Aslı TOPUKÇU*

ÖZET

Bir yönetim biçimi olarak doğrudan demokrasi ve referandum, halk girişimi, azil gibi doğrudan demokrasi kurumları, eski çağlardan beri tartışılmakta ve uygulanmaktadır. Bu çalışma temel olarak doğrudan demokrasi kavramına ve doğrudan demokrasi düşüncesinin anayasa projelerine, özellikle Girodine Anayasası Projesi'ne hukuki etkisine odaklanmaktadır. Bu bağlamda, Condorcet'nin doğrudan demokrasi anlayışı ve Girodine Anayasası'nda öngörülen doğrudan demokrasi kurumları açıklanmakta ve tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Doğrudan Demokrasi, Referandum, Halk Girişimi, Condorcet, Girodine Anayasası Projesi

ABSTRACT

Direct democracy as a form of government and its institutions (i.e. referendum, popular initiative, recall) are discussed and applied since the antiquity. This study focuses mainly on the concept of direct democracy and its legal effects on the constitutional projects, especially on 1793 Girodin Constitutional Project. In this context the view of direct democra-

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: atopukcu@khas.edu.tr

cy of Condorcet and the direct democratic institutions which are established by Girodin Constitution are explained and discussed.

Keywords: Direct Democracy, Referendum, Popular Initiative, Condorcet, Girodin Constitutional Project

GİRİŞ

Aydınlanma döneminin 1743-1794 yılları arasında yaşamış düşünürü Marquis de Condorcet, köleliğin ve ölüm cezasının kaldırılmasını, kadınların da dahil olduğu genel oy ilkesini, kadın-erkek eşitliğini ve anayasa projesinde de yer verdiği doğrudan demokrasi kurumlarını savunan görüşleriyle döneminin ilerici düşünürlerinden biridir. Devlet kuramı, anayasa ve seçim sistemleri alanlarında çalışmaları olan Condorcet'nin, özellikle anayasa ve devlet kuramına ilişkin görüşleri, öncülüğünü yaptığı 1793 Girodine Anayasası projesinde somutlaşmıştır. Bununla birlikte çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak belirtileceği gibi 1793 Girodine Anayasası projesi hiç uygulanmamıştır. Ancak dönem için son derece önemli anayasa hukuku ilkelerini düzenlemesi ve ardından gelen anayasalara öncü olması bakımından Girodine Anayasası iyi bir örnek oluşturmaktadır.

Bu çalışmanın ana konusunu 1793 Girodine Anayasası projesinde öngörülen doğrudan demokrasi kurumları oluşturmaktadır. Öncelikle doğrudan demokrasi kavramına genel olarak değinilecektir. Ardından Condorcet'nin doğrudan demokrasi düşüncesine bakışı ve Girodine Anayasası'nda düzenlenen doğrudan demokrasi kurumları incelenecektir. Bu bağlamda ilk olarak Girodine Anayasası'nın hazırlık süreci ve içeriğine değinilecektir. Son olarak ise özellikle yasa değişiklikleri ve anayasa değişiklikleri bakımından halk girişimi kurumu açıklanacaktır.

Çalışma konuya ilişkin genel değerlendirmeleri içeren bir sonuç bölümü ile sona ermektedir.

I. Doğrudan Demokrasi Kavramı

“*Demokratia*” sözcüğü ilk kez M.Ö. V. yüzyılın ortalarında Antik Yunan’da kullanılmaya başlamıştır.¹ *Demokratia*, etimolojik olarak Yunanca halk anlamına gelen “*demos*” ve iktidar anlamına gelen “*kratos*” sözcüklerinin birleşiminden oluşmaktadır. Buna göre, demokrasi sözcük anlamına göre “*halk iktidarı*” demektir. Halk iktidarı, halkın halk üzerindeki iktidarını ifade etmektedir. İktidar bir yöneten ve yönetilen ilişkisini zorunlu kıldığı için, halk iktidarında iktidarın yöneldiği nesne yine halk olarak karşımıza çıkmaktadır.²

Öyleyse Yunanca’da halk anlamına gelen *demosun* içeriği nedir ve kimleri kapsamaktadır? Antik Yunan’da *demosu* oluşturanlar özgür erkeklerdi. Bunun haricinde kalan kadınlar ve köleler *demosun* içinde sayılmıyordu, *demos* sınırlı bir çoğunluğu kapsıyordu. Atina’daki *demos*, nüfusun büyük bir bölümünün dışlandığı azınlık bir elit kesimden oluşuyordu.³ Bu bağlamda, kimi yazarlarca Atina demokrasisinin katılım ve dışlamayı bir arada barındıran bir yapı olduğu ifade edilmektedir.⁴ İlk modern demokrasi örneklerinden olan Amerika Birleşik Devletleri’nde siyahların ve Amerikan yerlilerinin dışlanmasını da buna örnek gösterebiliriz.⁵ Aynı şekilde, günümüzde de halk kavramının içeriğinin sınırsız olmadığını görmekteyiz. Küçükler, akıl hastaları, hükümlüler ve yabancılar çoğunlukla *demosun* dışında tutulan kesimler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda halk kavramının kapsamının neye göre belirlenmesi gerektiği ortaya konulmalıdır. Bir yönetim biçiminin ne kadar demokratik olduğunun belirlenme-

¹ Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Çeviren: Tuncer Karamustafaoğlu - Mehmet Turhan, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 301; Robert A. Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri*, Çeviren: Levent Köker, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 3.

² Sartori, a.g.e., s. 32.

³ Moses I. Finley, *Antik ve Modern Demokrasi*, Ankara, Ayraç Yayınevi, 2003, s. 25; Yves Sintomer, *Le Pouvoir au Peuple*, Paris, Editions La Découverte, 2007, s. 48.

⁴ Cem Eroğul, *Devlet Yönetimine Katılma Hakkı*, 2. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 1999, s. 21; Manfred G. Schmidt, *Demokrasi Kuramlarına Giriş*, Çeviren: M. Emin Köktaş, Ankara, Vadi Yayınları, 2002, s. 35; David Beetham - Kevin Boyle, *Demokrasi-nin Temelleri 80 Soru-80 Cevap*, Çeviren: Aşlıhan Zeynep Kopuzlu, Ankara, Adres Yayınları, 2005, s. 6; José Antonio Dabdab Trabulsi, *Démocratie Directe et Participation Grecque Une Histoire Exemplaire?*, Presses Universitaire de Franche-Comté, 2006, s. 25-26.

⁵ Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri*, s. 5.

sinde yönetime katılanların sayısı önemli bir yer tutmaktadır. Bununla birlikte herkesi kapsayan bir demokrasi düşüncesi de pek gerçekçi değildir. Çoğunluk ilkesi çerçevesinde birtakım dışlamalar söz konusu olabilir; ancak önemli olan bunların geçici nitelikte olmasıdır.⁶

Günümüzde demokrasinin herkes tarafından kabul edilmiş bir tanımı yoktur. Kavramın farklı yazarlar tarafından farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Öncelikle çeşitli yazarların görüşleri çerçevesinde genel olarak demokrasinin nasıl tanımlandığına yer verilecektir.

Demokrasinin en bilindik tanımlarından biri Abraham Lincoln'ün 1863 yılında Gettysburg Söylevi'nde dile getirdiği tanımıdır. Lincoln demokrasiyi "halkın, halk tarafından, halk için yönetimi" (government of the people, by the people, for the people) olarak tanımlamıştır. Bu tanım doktrininde pek çok yazar tarafından analiz edilmiş ve zaman zaman da eleştirilmiştir. İlk bakışta Lincoln'ün demokrasiyi halkın halk tarafından yönetimi olarak tanımladığı anlaşılmakta ve bu tanım doğrudan demokrasiyi çağrıştırmaktadır; ancak halk için yönetim ifadesiyle Lincoln'ün doğrudan demokrasiyi değil temsili demokrasiyi ifade etmek istediği sonucuna varılmıştır.⁷

Burdeau'ya göre demokrasi; bir felsefeyi, bir yaşam biçimini, bir karar alma sürecini de içinde barındıran bir değerler kümesini ve aynı zamanda bir yönetim biçimini ifade etmektedir. Demokrasinin gerçek tarafının yanında ideal, mistik bir yönü de olduğunu belirten Burdeau, bu iki boyutu birbirinden ayırmanın demokrasiyi gerçek anlamda kavrayamamıza neden olduğunu savunur. Demokrasi uygulamasının ideal bir yaşam inancıyla insanların elinde şekillendiğini ve geleceğinin de yine insanlara bağlı olduğunu belirtir. Bu nitelikleriyle Burdeau'ya göre demokrasi, insanlar için bir çeşit bir arada yaşama biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸

⁶ Sartori, a.g.e., s. 24.

⁷ A.e., s. 36-37.

⁸ Georges Burdeau, *Demokrasi - Sentetik Deneme*, Çeviren: Bülent Nuri Esen, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 188, Ajans Türk Matbaası, 1964, s. 1-2.

Dahl ise demokrasinin hemen hemen her rejimin inandığını iddia ettiği bir “standart” olduğunu belirtir.⁹ Dahl’in demokrasi tanımı “katılım” ve “eşitlik” odaklıdır. Buna göre demokrasi; etkin katılım, oy kullanma eşitliği, bilgi edinebilme olanağı, gündem üzerinde son sözü söyleme hakkı ve yetişkinlerin bu sürece dahil olmasını sağlar ve bir yönetim bu kriterleri yerine getirdiği ölçüde demokratiktir.¹⁰

Held’e göre; sadece bir demokrasi yoktur. Farklı mekan ve zamanlarda farklı demokrasiler söz konusudur. Dolayısıyla sadece bir demokrasi kuramı değil, birden fazla demokrasi kuramı vardır.¹¹ Held’in bu görüşü Dahl’inki ile paralellik göstermektedir. Dahl’a göre; demokrasinin ortaya çıkması için uygun koşulların oluşması gerekmektedir. Bu şekilde demokrasi farklı zamanlarda ve yerlerde yeniden ortaya çıkar (icat edilir).¹²

Beetham ve Boyle’a göre, demokrasi ortak karar alma alanına ait bir kavramdır. Buna göre demokrasi; kararların halk tarafından alınması ve halkın bu karar alma sürecine eşit katılımı idealine dayanan bir sistem olarak nitelendirilmektedir.¹³

Norberto Bobbio ise demokrasiyi monarşiden ve oligarşiden ayrılan yönleriyle tanımlamaktadır. Buna göre, demokrasi kısaca bir kişi ya da bir grup kişinin yönetimini değil, halkın yönetimini ifade etmektedir.¹⁴ Bu bağlamda Bobbio, demokrasi uygulamasını üç ana çerçevede açıklamaktadır. Öncelikle ortak karar alma yetkisinin kime verileceği ve bu kararların hangi usullerle alınacağını belirlenmesi gerekmektedir. Ardından karar alma sürecine katılanlar sayıca ne kadar çok ise yönetim biçiminin o kadar demokratik olacağını belirtmektedir.¹⁵

⁹ Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri*, s. 296.

¹⁰ Robert A. Dahl, *Demokrasi Üstüne*, Çeviren: Betül Kadioğlu, Ankara, Phoenix Yayınevi, 2001, s. 39-42.

¹¹ David Held, *Models of Democracy*, 2nd Edition, Cambridge, Polity Press, 1997, s.1.

¹² Dahl, *Demokrasi Üstüne*, s. 9.

¹³ Beetham-Boyle, a.g.e., s. 1.

¹⁴ Norberto Bobbio, *Liberalism and Democracy*, Translated by: Martin Ryle-Kate Soper, London, Verso, 1990, s. 25.

¹⁵ Alain Touraine, *Demokrasi Nedir?*, Çeviren: Olcay Kunal, 4. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2004, s. 19.

Huntington demokrasiyi tanımlarken diğer yönetim sistemleriyle karşılaştırmalı bir yöntem izlemiştir. Buna göre, diğer sistemlerde yöneticilerin servet, şiddet, atama veya doğum gibi esaslarla iş başına geldiklerini, demokrasinin ise ayırt edici özelliğinin liderlerin seçim yoluyla belirlenmesi olduğunu ifade etmiştir. Huntington, Schumpeter'in demokrasi anlayışına dayanarak serbest yarışmacı bir sistemle iktidarı kullanan bireylerin seçildiğini belirtmektedir ve bir siyasal sistemin yetişkin nüfusun hemen hemen tümünün oy kullanma hakkına sahip olduğu, bireylerin adil, dürüst ve düzenli aralıklarla yapılan seçimlerle iktidara geldiği ölçüde demokratik olarak nitelendirilebileceğini savunmaktadır.¹⁶

Ringen bir ülkenin demokratik olarak nitelendirilmesi için seçimlerin zorunlu olmadığını savunmaktadır. Bu bağlamda yalnızca seçime dayalı demokrasinin değil, tarih boyunca uygulanmış olan doğrudan demokrasinin de var olduğunu belirtmekte ve demokrasiyi yurttaşların kolektif kararlar üzerinde kesin denetimi olan bir siyasal yapı olarak tanımlamaktadır.¹⁷

Mayo'ya göre, demokrasinin tanımlanması kimlerin karar vereceği ve kimlerin itaat edeceğinin belirlenmesine yönelik bir sorundur. Demokrasi siyasi karar alma sürecinde bu kararların kim tarafından, nasıl alındığını ve alınması gerektiğini düzenleyen bir siyasal sistemdir.¹⁸

Mayo'nun demokrasi tanımındaki "olması gereken" ideali Sartori'nin demokrasiye tanım arayışında da kendini göstermektedir. Sartori'ye göre, demokrasiler "hedef toplumlar"dır. Belirli ideallere dayanır ve belirli idealleri hedeflerler.¹⁹ Bu hedeflerin belirlenmesi ve uygulanması da yine demokratik usullerle olmaktadır. Olan ve olması gerekeni birlikte barındıran demokrasi için tüm bunları içeren bir tanıma ihtiyaç vardır. Bu bağlamda demokrasinin diğer siyasal sistemlerden ayırt edici yönü "varlığını ideallerine borçlu tek rejim" olmasıdır.²⁰

¹⁶ Samuel P. Huntington, *Üçüncü Dalga Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, Çeviren: Ergun Özbudun, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996, s. 4; Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, London, Routledge, 1994, s. 250-252.

¹⁷ Stein Ringen, *Demokrasi Neye Yarar? Özgürlük ve Ahlaki Yönetim Üzerine*, Çeviren: Nurettin Elhüseyni, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2010, s. 47-49.

¹⁸ Henry B. Mayo, *Demokratik Teoriye Giriş*, Ankara, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, Siyasi İlimler Serisi: 6, Ayyıldız Matbaası, 1964, s. 24.

¹⁹ Aynı görüş için bkz.: Dahl, *Demokrasi Üstüne*, s. 27.

²⁰ Sartori, a.g.e., s. 9.

Touraine ise “halk gücü” kavramından hareketle demokrasiyi tanımlamaktadır. Touraine’e göre, halk gücü özgürlükle bağlantılıdır ve tek tiplikten öte bireysel çeşitliliği savunur. Bu bağlamda Touraine, demokrasiyi en fazla sayıda bireye en fazla özgürlüğü veren ve çeşitlilikleri tanıyıp koruyan bir siyasal yaşam biçimi olarak tanımlar.²¹

Yukarıdaki farklı tanımlarda da görüldüğü gibi demokrasi kavramı üzerinde uzlaşmış tek bir tanımdan söz edilemez. Aksine, Held’in belirttiği üzere birden fazla demokrasiden ve dolayısıyla birden fazla demokrasi tanımından söz etmek yerinde olacaktır. Buna göre biz de demokrasiyi; katılım, eşitlik ve özgürlük odaklı, çeşitlilikleri tanıyıp koruyan, halkın ortak karar alma sürecine etkin olarak katıldığı ve bu kararları denetlediği bir yönetim biçimi olarak tanımlayabiliriz.

Demokrasi kuramcıları da demokrasi sözcüğünün önüne pek çok farklı sıfat getirerek bu farklı uygulamaları sınıflandırma yoluna gitmişlerdir. Bunlardan biri de doğrudan demokrasidir. Gerçek anlamıyla doğrudan demokrasi bazı yazarlar tarafından Antik Yunan’da Atina sitesinin yönetimiyle eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bu bağlamda, doğrudan demokrasinin belirleyici niteliği yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerinin doğrudan ve etkin olarak halk tarafından yürütülüyor olmasıdır.²² Doğrudan demokrasi kendi kendini yöneten bir demokrasi anlamına gelmektedir. Bu anlamıyla doğrudan demokrasinin günümüzün nüfusu ve yüz ölçümü büyük ulus devletlerinde uygulanamayacağı savunulmaktadır.²³

Antik Yunan’daki anlamından uzaklaşan doğrudan demokrasi kavramı günümüzde daha çok halkın yasama faaliyetine etkin katılımını ifade etmektedir. Modern demokrasilerin çoğu temsili demokrasi modelini benimsemişlerdir. Buna göre; yasama faaliyeti halk tarafından doğrudan değil, seçimlerle belirlenen halkın temsilcileri eliyle dolaylı olarak gerçekleştirilmektedir. Buna karşın günümüzde doğrudan demokrasi kurumlarını etkin olarak kullanan bazı devletlerin de olduğunu belirtmeliyiz. Bunun tipik örneğini oluşturan ve çalışmamızın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ele alınacak olan İsviçre’de referandum, halk girişimi ve halkın vetosu gibi

²¹ Touraine, a.g.e., s. 25.

²² Philippe Lauvaux, *Les Grands Démocraties Contemporaines*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, s. 91.

²³ Sartori, a.g.e., s. 303-307.

doğrudan demokrasi kurumları, gerek federal gerekse kantonal düzeyde anayasal kurumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı şekilde, İtalya'da ve Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinde de benzer uygulamalar görülmektedir.

Bir devletin anayasasında doğrudan demokratik kurumlara yer verilmiş olması hakim olan yönetim biçiminin doğrudan demokrasi olduğunu gösteremeyebilir. Dünyada temsili demokrasiyi benimsemiş pek çok devletin anayasasında doğrudan demokrasi kurumlarına da yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda ilk göze çarpan halkoylamaları, bir diğer adıyla referandumlar olmaktadır. Bu bağlamda temsili demokrasiler de doğrudan demokrasi kurumlarını tamamen dışlamamaktadır.²⁴

Yukarıda belirttiğimiz gibi doğrudan demokrasi Antik Yunan'da Atina sitesindeki örneği ile ortaya çıkmış bir yönetim biçimidir. Bununla birlikte, M. Ö. IV. yüzyılın sonlarına doğru, Antik Yunan siteleri Makedon egemenliği altına girmiştir ve bunun sonucunda site düzeni ve doğrudan demokrasi rejimi sona ermiştir. Bir yönetim biçimi olarak demokrasi, XVII. ve XVIII. yüzyıllara kadar uzun bir süre için uygulanmamıştır. Kimi düşünürler, ulus devletleri eski Yunan siteleri gibi küçük kent devletleri ölçeğine dönüştürmenin ve doğrudan demokrasi uygulamalarına geri dönmenin yolunu aramışlardır. Öncelikle düşünce bazında, daha sonra siyasal rejim olarak uygulanması ile XVII. ve IX. yüzyıllar arasında demokrasi düşüncesinin yeniden doğduğu söylenebilir.²⁵ XVII. ve XVIII. yüzyıl demokrasi düşüncesi bakımından büyük ölçekli ulus devletlerde doğrudan demokrasi kurumlarını yerleştirmeye çalışan Condorcet 1793 Girodine Anayasası projesi ile döneminin önemli bir düşünürü olarak karşımıza çıkmaktadır.

²⁴ Schmidt, a.g.e., s. 245, Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 8. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2010, s. 281.

²⁵ Oktay Uygun, *Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları*, İstanbul, İnkılap Kitabevi, 2003, s. 113-118; Gencay Şaylan, *Demokrasi ve Demokrasi Düşüncesinin Gelişmesi*, Ankara, TODAİE, 1998, s. 20-22.

II. Marquis de Condorcet ve Doğrudan Demokrasi

Condorcet yalnızca teoride kalmayan, eyleme de geçirdiği görüşleriyle Fransız devrim tarihinin dikkat çekici düşünürlerinden biridir.²⁶ Öyle ki, bazı yazarlara göre Fransız devriminin aktif tarafında yer alan tek düşünürdür.²⁷ Dönemin yeni ve soyut ilkelerini öncülük ettiği anayasa projesinde somutlaştırmıştır.²⁸

Condorcet bir yasanın iyi ya da kötü olarak kabul edilmesini ve ayrıca yasaya uyulmasındaki motivasyonu yasanın çoğunluk tarafından sindirilerek kabul edilmiş olmasına bağlamaktadır.²⁹ Condorcet'nin anayasa projesini hazırlarken esas aldığı düşünce, kimsenin geleceğin değişmez yasalarını koyma hakkı olmadığına dayanmaktadır. Bu bağlamda örneğin, Girodine Anayasası'nın "*Ulusal Konvansiyonlar*" başlıklı bölümünde yasama organı, anayasanın yürürlüğe girmesinden yirmi yıl sonra anayasayı yeniden görüşmek ve daha iyi hale getirmek için bir konvansiyon toplamakla görevlendirilmiştir.³⁰

Condorcet, halkın anayasaları onaylama hakkı olduğunu, aynı zamanda anayasaların düzenli olarak revize edilmesi ve reforma tabii tutulması gerektiğini belirtmektedir. Condorcet'nin öncülüğünü yaptığı anayasa projesinde bu düşünce yerini şöyle bulmuştur; "*Bir halk her zaman anayasasını gözden geçirip düzeltme, islah etme ve değiştirme hakkına sahiptir. Bir kuşak, gelecek kuşakları kendi yasalarının hükmü altına alamaz.*"³¹

1787'den beri Amerika'daki doğrudan demokrasi deneyimlerinden etkilenen Condorcet'nin doğrudan demokrasi üzerine düşünceleri ise özellikle halk girişimi üzerine yoğunlaşmaktadır. Girodine Anayasası'nda da düzenlenen halk girişimi, her yurttaşa bir yasa tasarısı geliştirme ve parlamentonun girişimine gerek kalmadan yeni normlar ortaya koyma hakkı

²⁶ Anne Cécile Mercier, "Le Référendum d'Initiative Populaire: Un Trait Méconnu du Génie de Condorcet", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Vol: 3, No: 55, Presses Universitaires de France, 2003, s. 483.

²⁷ Alexandre Koyré, "Condorcet", *Journal of The History of Ideas*, Vol: 9, No: 2, University of Pennsylvania Press, 1948, s. 131.

²⁸ Mercier, a.g.m., s. 483.

²⁹ Koyré, a.g.m., s. 137.

³⁰ Girodine Anayasası, Bölüm: IX., Madde 4.

³¹ Girodine Anayasası, Bölüm: XXVIII.

tanımaktadır. Halk girişimi, halka çok daha geniş yetki tanınması bakımından referandum, halkın vetosu gibi diğer doğrudan demokrasi kurumlarından ayrılmaktadır.³² Condorcet'ye göre halk girişimi, özgürlüğün, kişi güvenliğinin ve mülkiyetin korunması gibi yurttaşları doğrudan ilgilendiren konularda her yurttaşın karar alma yeteneği olduğu temeline dayanmaktadır. Condorcet, halkın denetim yetkisinin insanın devredilmez ve vazgeçilmez doğal haklarından ileri geldiğini kabul etmektedir.³³

Condorcet'nin doğrudan demokrasi kurumlarının uygulanabilir olmasında en çok önem verdiği noktalardan biri yönetime gerçek anlamda etkin katılımı sağlayabilecek eleştirel bakış açısına sahip yurttaşların varlığıdır. Bu bağlamda öngördüğü sisteme bu yurttaşların yetişmesini sağlayacak bir eğitim programı eşlik etmektedir.³⁴ Burada belirtmek gerekir ki, Antik Yunan'dan günümüze doğrudan demokrasiyi savunan pek çok yazarın doğrudan demokrasi uygulamalarının halkın doğrudan siyasal yaşama katılımına dayanması nedeniyle, bireylerin iradelerinin sağlıklı oluşması için eğitime özel bir önem verdiği ve devlet için özel bir eğitim politikası belirledikleri görülmektedir. Bunun en önemli örneğini Condorcet'de görmek mümkündür. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak olan Girodine Anayasası'nı hazırlarken halkın eğitimi üzerinde özel olarak durması, kamusal işlerde etkin rol alacak halkın gerçekten bilinçli olmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Aynı şekilde Rousseau'nun da mutlak surette halk egemenliğine dayanan, yanılmaz genel iradeye dayalı demokrasi teorisinde, kamusal yararları bireysel çıkarlarının üstünde tutan genel iradenin sağlıklı biçimde ortaya konabilmesi için bilgilendirilmiş ve eğitilmiş bir yurttaş prototipi öngörülmektedir.³⁵ Rousseau'nun insan iradesini temel alan iktidar yapılanması ideali; özgür, sorgulayan ve eleştiren eğitilmiş insanlarla gerçekleştirilebilir.³⁶ Kamusal yararları öncelik veren bir genel iradenin ortaya çıkabilmesi için yurttaşların eğitilmesinin önemine dikkat çeken Rous-

³² Mercier, *a.g.m.*, s. 485.

³³ Marthe Fatin-Rouge Stefanini, "Le Référendum et La Protection Des Droits Fondamentaux", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, No: 53, 2003, s. 73.

³⁴ Mercier, *a.g.m.*, s. 492.

³⁵ Uygun, *a.g.e.*, s. 141; Mehmet Semih Gemalmaz, *Devlet, Birey ve Özgürlük, İstanbul*, Legal Yayıncılık, 2010, s. 127-128.

³⁶ Gemalmaz, *a.g.e.*, s. 127-128.

seau'nun bu görüşlerinin izlerini Polonya Hükümeti ve Reform Tasarısı Üzerine Görüşler adlı eserinde de görmek mümkündür. Burada eğitim ile ilgili görüşlerini yurtseverlikle ilişkilendirdiği ve eğitimin temelde bireyle-ri iyi ve vatansever birer yurttaş olarak şekillendirme özelliği üzerinde durduğu görülmektedir.³⁷

Antik Yunan'da Atina'nın demokratik yönetimine baktığımızda da sitenin çıkarlarını bireysel çıkarlara üstün tutan yurttaş modeli mevcuttur. Öyle ki, Perikles'in "*Cenaze Töreni Söylevi*"nde, Atinalılar'ın devlet işle-rine karışmayanlara kendi halinde bir yurttaş olarak değil, hiçbir işe yara-mayan biri olarak baktıkları ifade edilmektedir.³⁸ Condorcet'nin demokrasi teorisinde de aynı anlayış karşımıza çıkmaktadır. Condorcet ancak aydın-latılmış, bilinçli seçmenlerin topluma daha iyi hizmet edebilecek doğru kararları alabileceğini savunmaktadır.³⁹

III. Condorcet'nin Anayasa Projesi: Girodine Anayasası⁴⁰

A. Girodine Anayasası'nın Hazırlık Süreci ve İçeriği

Dünyada 1787 Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'yla başlayan anaya-sacılık hareketlerinin etkisiyle hazırlanan 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nden sonra, Fransa'nın ilk anayasası olan 1791 Anaya-sası kabul edilmiştir. Bu anayasayla 1789'da hala var olan mutlak monarşiden, ulusal egemenliği ve kuvvetler ayrılığını kabul eden sınırlı monarşi anlayışına geçilmiştir.⁴¹ Fransa'da burjuva sınıfının monarşiye karşı müca-delesinin sonunda, Kurucu Meclis tarafından Amerika'daki gelişmelerin

³⁷ Jean Jacques Rousseau, *Anayasa Projeleri*, Çeviren: İsmail Yerguz, İstanbul, Say Yayınları, 2008, s. 101-105.

³⁸ Uygun, a.g.e., s. 78-79.

³⁹ Koyré, a.g.m., s. 148-149.

⁴⁰ Girodine Anayasası'nın Fransızca tam metnine ulaşmak için bkz.; Stephane Caporal-Olivier Vernier, *Constitutions of the World from the Late 18th Century to the Middle of the 19th Century*, Vol: XI. *Constitutional Documents of France, Corsica and Monaco 1789-1848*, Editör: Horst Dippel, De Gruyter, 2010, s. 61-91.

⁴¹ Jean Gicquel – Jean-Eric Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 24ème Edition, Paris, Montchrestien, 2010, s. 430; Pierre Pactet – Ferdinand Mélin-Soucramanien, *Droit Constitutionnel*, 29ème Edition, Paris, Sirey, 2010, s. 265-266; Jean Paul Jacqué, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 4ème Edition, Paris, Dalloz, 2000, s. 142; Jean Claude Acquaviva, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 5ème Edition, Paris, Gualino Editeur, 2001; s. 101.

benzeri bir şekilde önce İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi yayınlanmıştır.⁴² Ardından, bir anayasa ile monarşinin sınırlandırılması düşüncesiyle bu bildirgenin başlangıç kısmı olarak kullanıldığı ve bildirgeyi tamamlayan nitelikte bir anayasa hazırlayarak Kurucu Meclis kendisini feshetmiştir. 1789-1795 yılları arasında birçok anayasa taslağı hazırlanmasına rağmen bu dönemde yalnızca Robespierre'in öncülüğünde Jakobenler tarafından hazırlanan 14 Eylül 1791 anayasası uygulanmıştır. 1793 yılında Condorcet'nin öncülerinden olduğu Girodine Anayasası oylanmamıştır; bununla birlikte 24 Haziran 1793'te Montanyarların Anayasası oylanmış; ancak yürürlüğü durdurulduğu için uygulanamamıştır.⁴³

Fransa'daki referandum ve bu bağlamda doğrudan demokrasi uygulamaları deneyimi Amerika Birleşik Devletleri ile benzer olarak devrim anayasalarının ardından yerleşmiştir.⁴⁴ Fransız Devrimi ve ardından anayasa yapımı sürecinde Rousseau'nun demokrasi teorisi ve toplum sözleşmesi görüşü etkili olmuştur. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde, Montanyar Anayasası'nda ve Girodine Anayasası'nda bunun izlerini görmek mümkündür. Devrim sonrası toplanan kurucu mecliste geliştirilen milli egemenlik doktrini Rousseau'dan etkilenmiştir. Bununla birlikte, bazı terim değişiklikleri yapılmış ve "toplum" yerine "millet", "genel irade" yerine "milli irade" terimleri kullanılmıştır.⁴⁵ Burada dikkat çekici olan nokta; toplum, genel irade gibi halk egemenliğini ve doğrudan demokrasiyi ifade eden terimler yerine millet, milli irade gibi millet egemenliğini ve temsili demokrasiyi ifade eden terimlerin tercih edilmiş olmasıdır. XVIII. yüzyıl liberal burjuva düşüncesi, halk egemenliğini kendi çıkarına uygun bulmamıştır. Toplumun tüm bireylerinin iktidarda pay sahibi olmasını ve bu haklarını kullanarak yasama organına yansıtmaları tehlikeli görülmüştür.⁴⁶ Buna bağlı olarak, devrimin hemen ardından yapılan ve doğ-

⁴² Oral Sander, *Siyasi Tarih*, 20. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 2010, s. 164.

⁴³ Gicquel, a.g.e., s. 429-430.

⁴⁴ Michel Rosenfeld – Andras Sajo, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, s. 512.

⁴⁵ Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 47; Tarık Zafer Tunaya, *Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku*, 5. Bası, İstanbul, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 1982, s. 150.

⁴⁶ Server Tanilli, *Devlet ve Demokrasi - Anayasa Hukukuna Giriş*, İstanbul, Adam Yayınları, 2000, s. 262.

rudan demokratik kurumlara yer veren anayasaların uygulanmadığı veya uzun ömürlü olmadığı görülmektedir.⁴⁷

Sonuç olarak, Montanyar Anayasası'nın yürürlüğü durdurulduğu için uygulanamamıştır. Condorcet'nin de içlerinde bulunduğu Girodine'lerin anayasası ise bir proje olmaktan öteye geçememiştir. Bununla birlikte, köleliğin ve ölüm cezasının kaldırılmasını, kadınların da dahil olduğu genel oy ilkesini ve anayasa projesinde de yer verdiği doğrudan demokrasi kurumlarını savunan Condorcet'nin bu görüşleri dönemin en demokratik anayasa projesinde somutlaşması bakımından önem taşımaktadır.⁴⁸

Condorcet, Amerikan ve Fransız Devrimleri'ni önyargıya karşı felsefenin ve despotizme karşı özgürlüğün zaferi olarak değerlendirmektedir.⁴⁹ Girodine Anayasası'nın hazırlanmasında 1787 Amerikan Anayasası ve buradaki gelişmeler özellikle etkili olmuştur. Virginia ve New England eyaletlerinde uygulanan anayasal referandumlar halkın doğrudan yönetime katılması fikrinin uygulamasını oluşturması bakımından Condorcet için önemli bir esin kaynağı olmuştur.⁵⁰

Condorcet'nin Girodine Anayasası'nda öngördüğü halk girişimi usulünün bir benzeri New England komünlerinde uygulanmaktaydı. Buna göre, on mülk sahibinin bir proje geliştirmesi ve bunu belediyenin oyuna

⁴⁷ Burada belirtmek gerekir ki, Montanyar Anayasası 1791 Anayasası'ndan farklı olarak iktidarı düzenleme biçimi açısından Rousseau'nun iktidar anlayışı ile paralellik göstermektedir. İktidarın kaynağı halktır. Ayrıca, Girodine Anayasası ile benzer olarak Montanyar Anayasası doğrudan demokrasi kurumlarına yer vermektedir. Anayasa'da temsili demokrasi kurumları ve doğrudan demokrasi kurumları birlikte yer almaktadır. Buna seçmenlerin meclisin kabul ettiği bir yasayı referanduma sunma yetkisi örnek olarak verilebilir. Bununla birlikte, daha önce de belirtildiği gibi Montanyar Anayasası ve düzenlediği doğrudan demokrasi kurumları son derece kısa ömürlü olmuş ve uygulanma olanağı bulamamıştır. Bkz.; Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009, s. 585-587; Olivier Duhamel, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Editions du Seuil, 2009, s. 80-82.

⁴⁸ Mercier, *a.g.m.*, s. 484; Max M. Mintz, "Condorcet's Reconsideration of America as a Model for Europe", *Journal of the Early Republic*, Vol: 11, No: 4, University of Pennsylvania Press, 1991, s. 505-506.

⁴⁹ Koyré, *a.g.m.*, s. 139.

⁵⁰ Mintz, *a.g.m.*, s. 493-494; Mercier, *a.g.m.*, s. 491; Omer Moussaly, "Progrès et Méliorisme, Condorcet et La Pensée Politique Américaine", *Centre d'Etudes sur l'Intégration et La Mondialisation, Notes de Synthèse*, 2009, s. 6-7.

sunması halinde komünde yaşayanlara genel bir çağrı yapılmaktaydı. Seçmenler bu çağrıya uymak zorundaydı ve projeyi sunanların kurula başkanlık etmenin dışında bir müdahalede bulunma hakları yoktu.⁵¹

Condorcet'nin anayasa projesinin dikkat çekici özelliği, küçük bir İsviçre kantonu için değil büyük toprakları ve milyonlarca nüfusu olan Fransa için doğrudan demokrasi kurumlarını düzenlemiş olmasıdır. Condorcet, özellikle halk girişimi kurumunun büyük ölçekli devletlerde nasıl düzenlenebileceği üzerinde çalışmıştır. Condorcet'ye göre asıl problem doğrudan demokrasinin uygulanmasında ölçek sorununun nasıl aşılacağıdır. Bu bağlamda, bir doğrudan demokrasi kurumu olan halk girişimini büyük devletler için uygulanabilir hale getirmeye çalışmıştır.⁵²

Condorcet, ölçek sorununu aşmak için ülkeyi iç içe geçen bölgelere ayırma önerisini geliştirmiştir. Bunlardan ilki, bir şehrin ya da köy sakinlerinin bir komün olarak örgütlenmesidir. İkinci olarak, birden çok komünün bir araya geldiği bir bölge örgütlenmesi öngörmektedir. Bu bölgeler illere benzemektedir ve halk da bu bölgelerin tamamını ifade etmektedir. Condorcet bu şekilde bir örgütlenmeyle bir yurttaş grubunun iradesinin yasama organına ve halkın tümüne en kolay yoldan ulaşacağını düşünmektedir.⁵³ Bu bağlamda Girodine Anayasası'ndaki halk girişimi düzenlemesi özel olarak incelenmelidir.

B. Girodine Anayasası'nda Bir Doğrudan Demokrasi Kurumu Olarak Halk Girişimi

Girodine Anayasası'nın "*Ulusal Temsil Üzerinde Halkın Denetimi ve Dilekçe Hakkı*" başlıklı VIII. bölümünde otuz üç maddeye yer verilmektedir. Burada halk girişiminin işleyişi de düzenlenmektedir. İlgili bölümün birinci maddesine göre; "*Bir yurttaş anayasal, yasal ya da idari işlemlerde halkın temsilcilerinin denetlenmesinin, mevcut yasanın reformunun ya da yeni bir yasanın kabulünün yararına ve gerekliliğine inanırsa, komün meclisi bürosundan ilk pazar günü önerisini tartışmak için komün meclisinin toplanmasını isteme hakkına sahiptir.*"

⁵¹ Alexis de Tocqueville, *Amerika'da Demokrasi*, Çeviren: İhsan Sezal-Fatoş Dilber, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994, s. 48-53.

⁵² Mercier, a.g.m., s. 487.

⁵³ A.e., s. 495.

Girodine Anayasası'ndaki halk girişimi kurumu anayasal normlar bakımından ve aynı zamanda yasaların yenilerinin yapılması veya değiştirilmesi düzeyinde de kabul edilmiştir. Yurttaşların bu usulü nasıl işleteceği Girodine Anayasası'nın VIII. bölümünde düzenlenmiştir. Buna göre, halk girişimi usulünde kademeli bir işleyiş öngörülmüştür. Öncelikle projenin komün meclisinden geçmesi, ardından bölge meclisine gelmesi ve buradan da geçtikten sonra yasama organında kabul edilip oylanması gerekmektedir.

Komün meclisindeki aşama ilk dilekçenin komün meclisine sunulmasıyla başlamaktadır. Girodine Anayasası'nın VIII. bölümünün ikinci ve üçüncü maddelerine göre, ilk dilekçe basit ifadelerle kaleme alınmış ve komün meclisi çevresinde ikamet eden 50 yurttaş tarafından imzalanmış olmalıdır. Komün meclisi bürosu, teklifi getiren 50 yurttaşın oy hakkına sahip olup olmadığını belirledikten sonra teklifi görüşmek üzere en yakın pazar günü komün meclisini toplantıya çağırmalıdır. Bu toplantıda meclis başkanının teklifi okumasının ardından görüşmelere başlanacağı, gerektiği takdirde görüşmelerin hafta boyu sürebileceği; ancak oylamanın en geç bir sonraki pazar günü yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Oylamanın konusunu teklifin görüşülüp görüşülmeyeceği oluşturmaktadır. Eğer çoğunluk teklifin görüşülmesi yönünde oy kullanırsa büro, aynı komün çevresinde bulunan merkezlerin meclislerini teklifin görüşülmesi için toplantıya çağırmalıdır.⁵⁴

Komünün meclis üyelerinin çoğunluğu teklifin görüşülmesi yönünde oy kullanırlarsa bölge meclisindeki aşama başlamaktadır. Bölge yönetimine o ana kadar olan işlemlerinin tutanaklarıyla birlikte komün meclislerinde yapılan oylama sonuçları gönderilerek bölge meclislerinin aynı teklifi görüşmek üzere toplantıya çağırılması talep edilecektir. Bunun üzerine bölge meclisi toplantıya çağırılmak zorundadır, komün meclislerinden gelen bu öneri reddedilemez. Bölge meclisinde yapılan oylama sonrası oyların sayımı halka açık yapılır ve sonuçlar bölge meclis merkezlerinde asılarak ilan edilir. Eğer bölge meclisindeki oyların çoğunluğu teklifin görüşülmesi yönündeysen, bölge yönetimi bölge meclisindeki görüşmeleri ve oylama sonuçlarını yasama organına gönderir.⁵⁵

⁵⁴ Girodine Anayasası, Bölüm: VIII., Madde 2-11.

⁵⁵ Girodine Anayasası, Bölüm: VIII., Madde 11-13.

Süreç yasama organına gelene kadar uzun bir usule bağlanmıştır. Burada amaç her yurttaşa tüm ulusun dikkatini tasarıya çekebilecek özel bir güç vermektir.⁵⁶ Yasama organındaki usul ise teklifin bir yasaya ilişkin veya anayasal bir teklif olması durumlarında farklılık göstermektedir. Buna göre, yasama organındaki süreç bu iki farklı olasılığa göre incelenmelidir.

1. Yasa Değişiklikleri Bakımından

Komün meclisinden bölge meclisine gelen ve burada da kabul edilen yasa teklifi, yasama organına gönderilerek tüm üyelere dağıtılır ve toplantı salonunda ilan edilir. Ardından, sekiz gün içinde raporlarını sunmak zorunda olan komisyon üyelerine gönderilir. Raporun sunulmasının ardından teklifin görüşülüp görüşülmeyeceği oylanır. Oyların çoğunluğu olumlu ise teklif, on beş gün içinde teklifi bir yasa tasarısı olarak hazırlamak zorunda olan komisyon üyelerine tekrar gönderilir. Daha sonra komisyon üyelerince hazırlanan bu yasa tasarısı yasama organında görüşülür. Tasarının kabul edilmesi durumunda Girodine Anayasası'nda öngörülen yasa yapma usulüne göre yasalaşma süreci başlayacaktır.⁵⁷

Yasa tasarısının reddedildiği durumda ise, eğer başka bir bölgenin komün meclisleri yasa teklifinin görüşülmesine yer olmadığı kararının ya da yasa teklifinin onaylanmasının ardından çıkarılan kanunun iptalini isterse; yasama organı ülkedeki tüm komün meclislerini toplantıya çağırarak zorundadır. Toplantıda komün meclislerinin çoğunluğu yasama organının yasa teklifini reddeden kararının iptalinin görüşülmesi yönünde oy kullanırlarsa yasama organının feshedilmesi yoluna gidilecektir. Kararda oy kullanan üyeler bir yasama dönemi boyunca tekrar seçilemeyeceklerdir.⁵⁸ Bir bölgenin karara itiraz etmesi yurttaşlar ve meclisteki "temsilcileri" arasında bir uyuşmazlığa işaret etmektedir. Condorcet'ye göre bu uyuşmazlık yalnızca doğrudan yurttaşlara danışılarak giderilebilir. Bu bağlamda yapılacak referandumda yasama organının aldığı kararın aksi bir sonuç çıkması durumunda meclisin feshedilmesi ve seçime gidilmesi öngörülmüştür. Ayrıca bu meclis üyelerinin bir sonraki yasama döneminde tekrar

⁵⁶ Mercier, a.g.m., s. 498.

⁵⁷ Girodine Anayasası, Bölüm: VIII., Madde 13-19.

⁵⁸ Girodine Anayasası, Bölüm: VIII., Madde 19-22.

seçilemeyecekleri düzenlenmiştir. Bu bağlamda yurttaşlar ile meclis üyeleri arasındaki anlaşmazlığın ve güvensizliğin önlenmesi amaçlanmaktadır.⁵⁹

Meclisin feshedilmesinin ardından seçimle yeniden oluşan meclis de yasa tasarısını görüşecektir ve bu meclisin kararı da aynı şekilde halk denetimine tabii olacaktır.⁶⁰

Halk girişimi usulünün Girodine Anayasası'nda son derece uzun bir sürece bağlı olarak öngörüldüğü görülmektedir; ancak yasama organı gerçek anlamda halkın iradesinin sadık "temsilcisi" olma görevini yerine getirerek projeyi kabul ettiğinde halk tarafından gerçekleştirilen yasa yapma süreci sona erecek ve halk projesi yasalaşmış olacaktır.⁶¹

2. Anayasa Değişiklikleri Bakımından

Anayasal halk girişimi usulü Girodine Anayasası'nın "*Ulusal Konvansiyon*" başlıklı IX. bölümünde on altı madde halinde düzenlenmiştir. Bölümün birinci maddesinde anayasanın tamamen değiştirilmesi, bazı bölümlerinin değiştirilmesi veya anayasaya yeni hükümler eklenmesi durumlarında Ulusal Konvansiyon'un yasama organı tarafından toplantıya çağırılacağı düzenlenmektedir. İlgili bölümün beşinci maddesinde ise her yurttaşın Konvansiyon'un toplanması sürecini başlatabileceği belirtilmektedir.

Bölge meclisindeki seçmenlerin çoğunluğu Ulusal Konvansiyon'un toplanması yönünde oy kullanırlarsa yasama organı tüm yurttaşları Konvansiyon'un toplanması konusunda oy kullanmaya çağırarak zorundadır. Eğer yurttaşlar olumlu oy kullanırlarsa Konvansiyon derhal toplanmak zorundadır. Diğer bir olasılık ise, Konvansiyon'un, gerekli gördüğü takdirde yasama organı tarafından toplantıya çağırılmasıdır. Bu olasılıkta halkın çoğunluğunun yasama organının bu kararını onaylaması gerekmektedir. Ayrıca yasama organı üyeleri Konvansiyon'a üye olarak seçilemezler.⁶²

Konvansiyon üyeleri her bölgeden iki asil iki de yedek üye olacak şekilde, yasama organı üyelerinin seçilme usulüne göre seçilir. Konvansiyon üyeleri görevlerinin gereği olarak söyledikleri sözlerden ve yaptıkları

⁵⁹ Mercier, a.g.m., s. 499.

⁶⁰ Girodine Anayasası, Bölüm: VIII., Madde 26-27.

⁶¹ Mercier, a.g.m., s. 499.

⁶² Girodine Anayasası, Bölüm: X., Madde 6-7.

işlerden dolayı suçlanamaz ve yargılanamaz. Konvansiyon toplantıları halka açık olarak yapılır ve Konvansiyon anayasa projesini hazırlama görevini bir yıl içinde tamamlamalıdır. Konvansiyon'un görevi yalnızca halka eski deneyimlere göre hatalardan arındırılmış ve iyileştirilmiş bir anayasa projesi sunmaktır.⁶³

Anayasa projesi reddedilirse, takip eden iki ay içinde Konvansiyon projenin red gerekçelerine ilişkin sorularını halkın oyuna sunarak görüşünü almak zorundadır ve yeni projeyi bu oylamanın sonucuna göre şekillendirmelidir. Yeni projenin de reddedilmesi durumunda Konvansiyon feshedilir. Bu durumda yasama organı yeni bir konvansiyon toplanmasının gerekip gerekmediğini halkoyuna sunmak zorundadır.⁶⁴

SONUÇ

Girodine Anayasası'nda doğrudan demokrasi kurumlarının düzenlemesine değindikten sonra anayasa projesinin genel bir değerlendirmesini yapmak gerekirse, öncelikle anayasanın yapıldığı siyasal ortamı değerlendirmek gerekmektedir. Fransa'da devrim sonrası adeta anayasa savaşları yaşandığını söylemek mümkündür. Demokrasi anlayışı bakımından bu anayasa savaşlarından galip ayrılan temsili demokrasi ve ulus egemenliği düşüncesi olmuştur. Bununla birlikte Rousseau'nun da devrim öncesi İsviçre dağ kantonlarından esinlenerek ileri sürdüğü doğrudan demokrasiyi savunduğu görüşleri, XVIII. yüzyılda doğrudan demokrasiyi yaşatmada etkili olmuştur. Girodine Anayasası da Fransız Devrimi'nin etkisi ile halk iktidarının ön plana çıktığı bir anayasa yapma düşüncesinin ürünü olarak nitelendirilebilir.

Girodine Anayasası'nın günümüzde doğrudan demokrasi kurumlarını en etkin kullanan ülkelerden biri olan İsviçre'deki uygulamaların gelişimini de etkilediği söylenebilir. Bu bağlamda Condorcet'nin Fransa için tasarladığı ancak uygulanamayan anayasa projesinin temel noktaları, 1845 Vaud Kantonu Anayasası'nda uygulanma olanağı bulmuştur.⁶⁵

⁶³ Girodine Anayasası, Bölüm: X., Madde 8-16.

⁶⁴ Girodine Anayasası, Bölüm: X., Madde 11-13.

⁶⁵ Philip L. Dubois – Floyd Feeney, **Lawmaking By Initiative: Issues, Options and Comparisons**, Agathon Press, New York, 1998, s. 47, dp. 7.

Condorcet'nin anayasa projesinde doğrudan demokrasi düşüncesini somutlaştıran düzenlemeler referandum ve halk girişimi kurumlarıdır. Bu kurumlar Girodine Anayasası'nda özellikle Fransız Devrimi'ne egemen olan düşünceye paralel olarak, baskıya karşı direnme aracı olarak düzenlenmiştir. Bir diğer deyişle halkın devlet iktidarı karşısındaki iktidarını ifade etmektedir.⁶⁶ Bununla birlikte Condorcet'nin anayasa projesinde referandum ve halk girişimi kurumlarına yer vermesinin asıl nedeni Girodine Anayasası'nda her yirmi yılda bir Anayasa'nın görüşülmesi amacıyla Ulusal Konvansiyon'un toplanacağı düzenlemesi ile somutlaşan, bir anayasanın sonsuza dek meşru ve geçerli olmayacağı anlayışına dayanmaktadır.⁶⁷ Bu bağlamda Condorcet, referandum ve halk girişimi kurumlarını asıl olarak anayasa yapım sürecindeki işlevleri bakımından ele almaktadır. Girodine Anayasası projesi, Rousseau'nun demokrasi üzerine çalışmalarından sonra doğrudan demokrasi kurumlarına yer veren İsviçre, Amerika gibi ülke anayasalarına ilham kaynağı olmuştur.

KAYNAKÇA

Acquaviva, Jean Claude: **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, 5ème Edition, Paris, Gualino Editeur, 2001.

Beetham, David – Boyle, Kevin: **Demokrasinin Temelleri 80 Soru-80 Cevap**, Çeviren: Aslıhan Zeynep Kopuzlu, Ankara, Adres Yayınları, 2005.

Bobbio, Norberto: **Liberalism and Democracy**, Translated by: Martin Ryle-Kate Soper, London, Verso, 1990.

Burdeau, Georges: **Demokrasi - Sentetik Deneme**, Çeviren: Bülent Nuri Esen, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 188, Ajans Türk Matbaası, 1964.

Cahen, Léon: **Condorcet et La Révolution Française**, Burt Franklin, New York, 1971.

⁶⁶ Francis Hamon, "L'Idée de Démocratie Directe de la Révolution à Nos Jours", **Héritage Politique de la Révolution Française**, Editeurs: Francis Hamon-Jacques Lelièvre, Presses Universitaires de Lille, 1993, s. 91.

⁶⁷ Léon Cahen, **Condorcet et La Révolution Française**, Burt Franklin, New York, 1971, s. 474.

Caporal, Stephane – Vernier, Olivier: **Constitutions of the World from the Late 18th Century to the Middle of the 19th Century, Vol: XI. Constitutional Documents of France, Corsica and Monaco 1789-1848**, Editör: Horst Dippel, De Gruyter, 2010.

Dahl, Robert A.: **Demokrasi Üstüne**, Çeviren: Betül Kadioğlu, Ankara, Phoenix Yayınevi, 2001.

Dahl, Robert A.: **Demokrasi ve Eleştirileri**, Çeviren: Levent Köker, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

De Tocqueville, Alexis: **Amerika'da Demokrasi**, Çeviren: İhsan Sezal-Fatoş Dilber, Ankara, Yetkin Yayınları, 1994.

Dubois, Philip L. – Feeney, Floyd: **Lawmaking By Initiative: Issues, Options and Comparisons**, Agathon Press, New York, 1998.

Duhamel, Olivier: **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, Editions du Seuil, 2009.

Erdoğan, Mustafa: **Anayasal Demokrasi**, 8. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2010.

Eroğul, Cem: **Devlet Yönetimine Katılma Hakkı**, 2. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 1999.

Fatin, Marthe – Stefanini, Rouge: “Le Référendum et La Protection Des Droits Fondamentaux”, **Revue Française de Droit Constitutionnel**, No: 53, 2003.

Finley, Moses I. Finley: **Antik ve Modern Demokrasi**, Ankara, Ayraç Yayınevi, 2003.

Gemalmaz, Mehmet Semih: **Devlet, Birey ve Özgürlük**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010.

Gicquel, Jean – Gicquel, Jean-Eric: **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, 24ème Edition, Paris, Montchrestien, 2010.

Göze, Ayferi: **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009.

Hamon, Francis: “L’Idée de Démocratie Directe de la Révolution à Nos Jours”, **Héritage Politique de la Révolution Française**, Editeurs: Francis Hamon-Jacques Lelièvre, Presses Universitaires de Lille, 1993.

Held, David: **Models of Democracy**, 2nd Edition, Cambridge, Polity Press, 1997.

Huntington, Samuel P.: **Üçüncü Dalga Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma**, Çeviren: Ergun Özbudun, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

Jacqué, Jean Paul: **Droit Constitutionnel et Institutions Politiques**, 4ème Edition, Paris, Dalloz, 2000.

Kapani, Münci: **Politika Bilimine Giriş**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.

Koyré, Alexandre: "Condorcet", **Journal of The History of Ideas**, Vol: 9, No: 2, University of Pennsylvania Press, 1948.

Lauvaux, Philippe: **Les Grands Démocraties Contemporaines**, Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

Mayo, Henry B.: **Demokratik Teoriye Giriş**, Ankara, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayınları, Siyasi İlimler Serisi: 6, Ayyıldız Matbaası, 1964.

Mercier, Anne Cécile: "Le Référendum d'Initiative Populaire: Un Trait Méconnu du Génie de Condorcet", **Revue Française de Droit Constitutionnel**, Vol: 3, No: 55, Presses Universitaires de France, 2003.

Mintz, Max M.: "Condorcet's Reconsideration of America as a Model for Europe", **Journal of the Early Republic**, Vol: 11, No: 4, University of Pennsylvania Press, 1991.

Moussaly, Omer: "Progrés et Méliorisme, Condorcet et La Pensée Politique Américaine", **Centre d'Etudes sur l'Intégration et La Mondialisation, Notes de Synthèse**, 2009.

Pactet, Pierre – Mélin-Soucramanien, Ferdinand: **Droit Constitutionnel**, 29ème Edition, Paris, Sirey, 2010.

Ringen, Stein: **Demokrasi Neye Yarar? Özgürlük ve Ahlaki Yönetim Üzerine**, Çeviren: Nurettin Elhüseyni, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2010.

Rosenfeld, Michel – Sajo, Andras: **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, Oxford University Press, 2012.

Rousseau, Jean Jacques: **Anayasa Projeleri**, Çeviren: İsmail Yerguz, İstanbul, Say Yayınları, 2008.

Sander, Oral: **Siyasi Tarih**, 20. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 2010.

Sartori, Giovanni: **Demokrasi Teorisine Geri Dönüş**, Çeviren: Tuncer Karamustafaoğlu - Mehmet Turhan, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

Schmidt, Manfred G.: **Demokrasi Kuramlarına Giriş**, Çeviren: M. Emin Köktaş, Ankara, Vadi Yayınları, 2002.

Schumpeter, Joseph A.: **Capitalism, Socialism and Democracy**, London, Routledge, 1994.

Sintomer, Yves: **Le Pouvoir au Peuple**, Paris, Editions La Découverte, 2007.

Şaylan, Gencay: **Demokrasi ve Demokrasi Düşüncesinin Gelişmesi**, Ankara, TODAİE, 1998.

Tanilli, Server: **Devlet ve Demokrasi - Anayasa Hukukuna Giriş**, İstanbul, Adam Yayınları, 2000.

Touraine, Alain: **Demokrasi Nedir?**, Çeviren: Olcay Kunal, 4. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2004.

Trabulsi, José Antonio Dabdab: **Démocratie Directe et Participation Grecque Une Histoire Exemplaire?**, Presses Universitaire de Franche-Comté, 2006.

Tunaya, Tarık Zafer: **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, 1982.

Uygun, Oktay: **Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları**, İstanbul, İnkılap Kitabevi, 2003.

HIRSIZLIK SUÇUNDA ZORUNLULUK HALİ

(STATE OF NECESSITY IN THE THEFT OFFENCE)

Araş. Gör. / Res. Asst. Ülkem Cansu AYGÜN*

ÖZET

Bu çalışmada zorunluluk halinin TCK m. 25/2 kapsamında hukuksal niteliğinin ne olduğu ve TCK m. 25/2'deki zorunluluk hali dışında bazı suçlarda ve konu itibariyle hırsızlık suçunda özel olarak düzenlenmekte olan zorunluluk halinin TCK m.25/2 karşısındaki yeri ve nasıl değerlendirilmesi gerektiği doktrindeki tartışmalara da yer verilerek incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ceza hukuku, zorunluluk hali, hırsızlık suçu, hukuka uygunluk sebebi, kusurluluğu kaldıran hal (mazeret sebebi), hukuksal nitelik, hukuksal değer.

ABSTRACT

In this study, legal nature of state of necessity within the scope of article 25/2 of Turkish Criminal Code and state of necessity in some offences excluding article 25/2 of Turkish Criminal Code are assessed. Especially state of necessity in the theft offence will be examined in detail in light of the views expressed in the doctrine.

Keywords: Criminal law, state of necessity, offence of theft, causes providing legality, matter in extenuation, legal nature, legal seriousness.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, e-posta: ucaygun@gmail.com

Giriş

Hırsızlık suçunun temel şekli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlıklı onuncu bölümünün 141.maddesinde düzenlenmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 141.maddesine göre;

"Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir" denmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 142 ve 143.maddeleri hırsızlık suçunda daha fazla cezayı gerektiren nitelikli halleri, 144 ve 146.maddeleri daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri, 145.madde ise cezasızlık sebebini düzenlemektedir. Zilyetlik, hırsızlık suçunun hukuki konusunu oluşturmaktadır; bu suçta zilyetliğin başka bir kişiye geçmesi söz konusudur. Hırsızlık suçunun maddi konusu ise, taşınır ve başkasına ait olan maldır. Örneğin; cüzdan, çanta. Fakat insan vücudu hukuki anlamda mal değildir. Ayrıca taşınmazdan sökülen veya sökülebilen şeyler de taşınabilir mal kabul edilmemektedir.¹

Makalede "hırsızlık suçunda zorunluluk hali" ele alınacağı için konuyla ilgili 5237 sayılı TCK'nın 147.maddesi incelenmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 147.maddesine göre;

"Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir" denmektedir. Hırsızlık suçunda zorunluluk hali konusu doktrinde tartışmalıdır, özellikle 5237 sayılı TCK'nın 25.maddesinin 2.fikrasında düzenlenen "zorunluluk hali" maddesi ile ilişkisinin ne olduğu konusunda değişik görüşler ileri sürülmektedir. Bu makalede öncelikle 5237 sayılı TCK'nın 25.maddesinin 2.fikrasında düzenlenen genel zorunluluk halinin şartları incelendikten sonra bu maddedeki zorunluluk halinin hukuki niteliği, 5237 sayılı TCK'nın 147.maddesinin bu hüküm karşısında nerede bulunduğu ve hukuki niteliği ele alınmaktadır.

¹ Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, 7. baskı, Ankara 2013, s. 130-132.

D) 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 25.Maddesi Kapsamında Zorunluluk Hali ve Şartları

Zorunluluk hali, bir kimsenin bilerek sebebiyet vermediği bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarmak amacıyla tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde suç teşkil eden bir fiili işlemlerini mecburi kılan fiili bir durumdur.² Örneğin; kayak yaparken yolunu kaybeden bir dağcının ormanda gördüğü bir evin penceresini kırarak içeriye girip sığınması ya da batmak üzere olan bir sandalda bulunan iki kişiden birinin diğerini denize atması. Zorunluluk hali 5237 sayılı TCK'nın 25.maddesinin 2.fikrasında düzenlenmekte olup, maddeye göre;

"Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bile rek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez". Belirtmek gerekir ki, bu hüküm mülga kanunun m. 49/b.3 hükmüyle paralel olarak düzenlenmektedir.³

Zorunluluk halinin somut olayda gerçekleşmesi için birtakım şartların varlığı gerekir. Tehlikeye ve savunmaya ilişkin olmak üzere ikiye ayrılan bu şartlar ayrı ayrı incelenmektedir.

A) Tehlikeye İlişkin Şartlar

1) Ağır Bir Tehlikenin Mevcut Olması

Tehlike, büyük bir risk veya zararlar karşı karşıya gelme durumudur.⁴ Kişi eğer tehlikeye karşı savunmada bulunmazsa kanun tarafından güvence altına alınan hakkı zarara uğramaktadır. Örneğin; yaşama hakkı. Tehlike içerik olarak zarar veya kötülüğü ifade etmekte ve bu tehlikeden kurtulmak isteyen kişi, karşı tarafın hakkını ihlal etmek zorunda kalmaktadır. Fakat bu tehlikenin kaynağını haksız bir hareket oluşturmakta ise, hakkı ihlal

² Demirbaş Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 9.baskı, Ankara 2013, s. 284.

³ Mülga kanun m.49/b.3 uyarınca "Gerek kendisini ve gerek başkasını vukuuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffüz imkanında olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bais olduğu mecburiyetle, işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez."

⁴ Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4.baskı, Ankara 2011, s. 741.

edilen kişinin kendisini korumak için yaptığı hareket meşru müdafaa kapsamında değerlendirilmektedir.⁵

Tehlikenin ağır olması ise; hem tehlike hem de tehlike sonucu meydana gelecek zararın ağır olmasıdır. Örneğin; kişi eğer başkasının evine girmez ise, yaşama hakkı ihlal edilmiş olmaktadır.⁶ Belirtmek gerekir ki, tehlikenin kaynağının sadece insan hareketi olması gerekmemektedir. Doğal olayları ve hayvanların hareketleri de tehlikenin kaynağını oluşturabilmektedirler. Örneğin; kurt saldırısı veya sel baskını. İnsan psikolojisi de kimi zaman tehlikenin kaynağını oluşturmaktadır.⁷ Örneğin; açlık nedeniyle ekmek fırınından ekmek çalan çocuk.

2) Tehlikenin Muhakkak Olması

Tehlikenin muhakkak olması; somut olayda tehlikenin hemen yani fil hal gerçekleşecek olmasıdır.⁸ Somut olayda bu tehlikenin gerçekleşmemiş olmasına rağmen yakın gelecekte gerçekleşme ihtimalinin yüksek olması yeterlidir.⁹ Örneğin; ormanda dolaşırken kurt seslerini git gide yakından geldiğini duyan bir kişinin başkasının evine kapıyı kırarak girmesi. Bu örnekte henüz tehlike gerçekleşmemekte yani kişi kurtlarla karşı karşıya gelmemektedir. Fakat kişinin yakın gelecekte bu tehlike ile yüz yüze gelme ihtimali oldukça kuvvetlidir.

3) Kişinin Tehlikeye Bilerek Sebebiyet Vermemesi

Kişinin tehlikeye bilerek sebebiyet vermemiş olması gerekir aksi halde zorunluluk halinden söz edilememektedir. "Bilme" kavramının içine kast, olası kast ve bilinçli taksir de girmektedir. Örneğin; ocağı açık unutmaması sonucu evinde yangın çıkan kişinin yan komşusunun bahçesine kaçması.¹⁰

⁵ Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.baskı, Ankara 2012, s. 399

⁶ Artuk Mehmet Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, 8.baskı, Ankara 2014, s. 462-464.

⁷ Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13.baskı, Ankara 2012, s. 331.

⁸ Hakeri, s. 332.

⁹ Demirbaş, s. 292.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Demirbaş, s. 294. Bu konuda karşıt görüş ise; bilinçli taksir durumunda kişinin tehlikeyi öngörmüş olması nedeniyle daha dikkatli davranması gerektiği ve bu dikkati göstermediği için zorunluluk halinden yararlanamayacağı ileri sür-

Tehlikeye kasten sebebiyet verilmesi halinde kişi zorunluluk halinden yararlanamaz. Örneğin; kişi bilerek evini yakar ve daha sonra bu yangından kurtulmak için yan komşusunun evine kaçarsa bu durumda kişinin zorunluluk halinden yararlanması mümkün değildir.¹¹

4) Kişinin Kendisine veya Başkasına Yönelik Hakkına Yönelik Bir Tehlikenin Mevcut Olması

Zorunluluk halinin gerçekteşmesi için kişinin kendisine yönelik bir tehlike olabileceği gibi başkasına yönelik bir tehlike de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, kişinin çok hasta olan çocuğu için eczaneden ilaç çalması durumunda kişi çocuğunun sağlığı için eczaneden ilaç çalmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 25.maddesinin 2.fıkrası uyarınca "gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik" ibaresine yer verilerek zorunluluk halinin bu şartı belirtilmektedir.

Zorunluluk halinin gerçekteşmesi için kişinin tehlikeye göğüs germe mükellefiyetinin bulunmaması gerekir. Bu yükümlölük kanundan veya sözleşmeden kaynaklanabilir fakat ahlaki bir yükümlölük bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Örneğin; itfaiyeci yangın tehlikesine karşı göğüs germe yükümlölüğu altındadır.¹² Tehlikeye göğüs germe mükellefiyeti bulunan kişiler ancak başkası lehine zorunluluk halinden yararlanabilmektedirler; tehlikeye göğüs germe mükellefiyeti olan kişiyi kurtarmak amacıyla hareket eden üçüncü bir kişi ise zorunluluk halinden faydalanamamaktadır.¹³ Örneğin; itfaiyeciyi kurtarmak için yardım bekleyen kişiye aşağı inmesi için halatı uzatmamak.

B) Savunmaya İlişkin şartlar

1) Kişinin Başka Türölü Korunma Olanadıının Bulunmaması

Kişinin zorunluluk halinden yararlanabilmesi için tehlikeden korunmak için başka türölü korunma olanadıının bulunmaması gerekir. Burada tehlike-

müştür. Karşıt görüş için bkz. Kangal Zeynel, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin, Ankara 2010, s. 458 vd.

¹¹ Artuk/Gökcen/Yenidünya, s. 465-466.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Demirbaş, s. 294, 295.

¹³ Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 19.baskı, Ankara 2013, s. 169.

nin ciddi ve önlenemez olması gerekir çünkü masum üçüncü bir kişinin hakkı ihlal edilmektedir.¹⁴Örneğin; Belediyenin yardımıyla ekme alınabileceğini bilen bir kişinin bunu bilmesine rağmen fırından ekme çalması durumunda kişi zorunluluk halinden yararlanamamaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 25.maddesinin 2.fikrasında "başka suretle korunma imkânı bulunmayan" ibaresine yer vererek bunu açıkça vurgulamaktadır.

2) Kişinin Tehlikeden Korunmak İçin İşlediği Fiil ile Tehlike Arasında Orantı Bulunması

Burada korunmak istenen değer feda edilen değerden üstün veya en azından eşit olmalıdır. Örneğin; kişi hayatını kurtarmak için bir başkasının evine girerek konut dokunulmazlığını ihlal etmesi ya da batmak üzere olan sandaldaki iki kişiden birinin diğerini denize atarak kendi hayatını kurtarması.¹⁵ Feda edilen değer karşı tarafın şahsına veya malına yönelik olabilir. Vücut tamlığı, cinsel dokunulmazlık, kişi özgürlüğü vb. şahsa ilişkin değerlere örnektir.¹⁶ 5237 sayılı TCK'nın 25.maddesinin 2.fikrası "tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşuluyla" ibaresine yer vermektedir.

II) Zorunluluk Halinin 5237 Sayılı TCK ile Mülga Kanundaki Düzenleniş Biçimi

Mülga kanunda hukuka uygunluk sebepleri kanun hükmünü icra, amirin emrini ifa, meşru müdafaa ve ıztırrar hali olarak düzenlenmekte ve somut olayda bu hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığı halinde halinde faile ceza verilmeyeceği öngörülmektedir. Mülga kanundaki hukuka uygunluk sebepleri "cezaya ehliyet ve bunu kaldıran veya hafifleten sebepler" adlı bölümde düzenlenmektedir. 5237 sayılı TCK ise, hukuka uygunluk nedenlerini "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" adlı bölümde düzenlemektedir.¹⁷

¹⁴ Toroslu, Ceza Genel Kısım, s. 168.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 467. Demirbaş, 296.

¹⁶ Soyaslan, s. 401.

¹⁷ Bayraktar Köksal, Yeni Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No:5, s. 16.

5237 sayılı TCK'da düzenlenen zorunluluk halinin kapsamı, mülga kanunda düzenlenen zorunluluk halinin kapsamından daha geniştir. 5237 sayılı TCK'da bireye ait tüm haklar zorunluluk halinin konusunu oluştururken, mülga kanunda sadece bireyin vücut bütünlüğü zorunluluk halinin konusunu oluşturmaktadır.¹⁸ Yani zorunluluk hali yeni düzenleniş şekliyle "hak" kavramının sınırlarını genişletmektedir. Mülga kanunun 49.maddesi tehlikenin sadece "nefse" yönelik olmasını yeterli görmekte olup, 5237 sayılı TCK'nın 25.maddesinin 1.fıkrası tehlikenin "bir hakka" yönelik olmasını kabul etmektedir. Bu durumda artık malvarlığına yönelik tehlike durumunda da zorunluluk hali söz konusu olabilmektedir.¹⁹

Bir diğer fark ise, mülga kanundan farklı olarak, 5237 sayılı TCK'nın 25.maddesinin 2.fıkrası, zorunluluk halinde korunmak istenen değer ile feda edilen değer arasında orantı bulunması koşuluna yer vermektedir. TCK m.25/2'ye göre, tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan araç arasında orantı bulunmalıdır.²⁰

III) 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 25. Maddesinin 1.Fıkrasında Düzenlenen Zorunluluk Halinin Sınıflandırılması

Yukarıda şartları açıklanan zorunluluk halinin hukuki niteliğı doktrinde tartışmalıdır. Mülga kanun döneminde zorunluluk halinin düzenleniş şekli açısından yargı kararları ve doktrin zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olduğu hususunda hemfikir idi. Fakat 5237 sayılı TCK hem de Ceza Muhakemesi Kanunu zorunluluk halinin hukuki niteliğı açısından tartışmalı düzenlemelere yer vermektedir. TCK, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" adlı bölümde hem hukuka uygunluk sebeplerini hem de kusurluluğu etkileyen sebepleri düzenlemektedir. Belirtmek gerekir ki, ceza kanunun sistematığı kavramların hukuki nitelendirilmesinde tartışmalara yol açmaktadır. TCK m.25/2'nin gerekçesinde "kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak zorunluluk hali" ibaresine yer vererek zo-

¹⁸ şen Ersan, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008, s. 82.

¹⁹ Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 19.baskı, Ankara 2013, s. 166.

²⁰ Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, 7. bası, İstanbul 2011, s. 318.

runluluk halini kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul etmektedir. CMK m.223/3.b uyarınca, eğer sanık suç teşkil eden fiili zorunluluk halinin etkisi ile işlemiş ise, kusurunun bulunmaması sebebiyle sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. CMK, TCK'nın madde gerekçesi ile aynı doğrultuda olarak zorunluluk halini kusurluluğu kaldıran bir hal olarak düzenlemektedir. Zorunluluk halinin hukuki niteliği konusundaki tartışma bu kavramın hukuki sonuçlarını da etkileyeceği için önem arz etmekte, basit bir kavram tartışmasından öte bir anlam ifade etmektedir.²¹

Zorunluluk halinin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda doktrinde üç teori bulunmaktadır; ilk teori tekçi yani tek tipi savunan teorilerdir ve bu teoriler zorunluluk halinin hukuki niteliği olarak ya sadece hukuka uygunluk sebebinin ya da sadece mazeret sebebinin kabul etmektedir. Ayırma veya fark gözetme teorisi olarak da bilinen diğer bir teori ise, zorunluluk halinin hukuki niteliği hususunda korunan hukuksal değerler arasında bir karşılaştırma yapmakta ve korunan hukuksal değer ihlal edilen hukuksal değerden açık bir şekilde daha üstünse zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi, korunan hukuksal değer ihlal edilen hukuksal değerden daha üstün değil veya eşit ise bu halde zorunluluk hali mazeret sebebi olarak kabul edilmektedir.²²

A) Tekçi (Tek Tipi Savunan Teoriler)

Tekçi teoriler, zorunluluk halinin hukuki niteliğini açıklamakta tek bir hukuki esası gerekçe göstermektedirler. Tekçi teorileri savunanlar, zorunlu-

²¹ <http://www.deu/hukuk/dergiler/dergimiz9-2/ozbekdoğan.pdf> (Erişim tarihi: 15.01.2013). Zorunluluk halinin hukuki nitelendirilmesinin önemli olmasının nedenlerinden biri; eğer zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilirse, iştirak kuralı gereği, örneğin azmettiren suçtan sorumlu olmayacaktır çünkü iştirak kurumundaki bağıllık kuralının uygulanabilmesi için failin kasten ve hukuka aykırı bir fiil işlemiş olması gerekir. Fakat zorunluluk hali kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak kabul edilirse, failin zorunluluk halinden faydalanmayı amaçlayan azmettiren açısından iştirak kuralları uygulama alanı bulmaktadır. Ceza muhakemesi hukuku açısından bakıldığında, zorunluluk hali kusurluluğu ortadan kaldıran hal olarak kabul edilirse CMK m. 223/3-b uyarınca faile ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir, zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilirse, CMK m.223/2-d uyarınca beraat kararı verilir. (Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, 3.baskı, İstanbul 2013, Beta, s. 314.)

²² Kangal Zeynel, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin, Ankara 2010, s. 31-34; <http://www.deu/hukuk/dergiler/dergimiz9-2/ozbekdoğan.pdf>.

luk halinin hukuki niteliğini ya sadece hukuka uygunluk sebebi olarak açıklamakta yani zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olduğunu kabul etmekte ya da zorunluluk halinin mazeret sebebi olduğunu kabul etmektedirler.²³

1) Zorunluluk Halininin Hukuka Uygunluk Sebebi Olduğunu Savunan Teori

Zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olduğunu savunan teori, kişi içinde bulunduğu durumda, objektif olarak ortalama bir insandan yapılması beklenen davranışlarda bulunmaktadır. Burada kişinin başkasının hukuki değerini ihlal etmesinin sebebi, sübjektif yani kendinden kaynaklanan herhangi bir durum değildir; kişinin söz konusu değeri ihlal etmesinin sebebi kendisinden kaynaklanan psikolojik bir sebep ya da fiille psişik bir ilişkinin bulunması değildir. Bu teori, zorunluluk halinin objektif bir niteliğinin olduğunu, kişinin kendisinden kaynaklanan sübjektif bir sebebe dayanmadığını belirtmekte ve aynı durumda kalan her kişinin zorunlu olarak o fiili işlemek durumunda kalacağını ifade etmektedir. Bu nedenle zorunluluk halinin objektif niteliği, işlenen fiili hukuka uygun hale getirmektedir.²⁴ Kanımca bu görüş isabetlidir çünkü zorunluluk halinin şartları kişinin sübjektif durumundan dolayı değil, objektif yani dışardan meydana gelen birtakım olaylar sebebiyle meydana gelmektedir. Böyle bir durum karşısında ise, her bireyin aynı şekilde davranabileceği kabul edilmelidir. Kişinin kendinden kaynaklanan bir durum ise zorunluluk halinin niteliği bakımından kabul edilmemelidir.

Bu teoriyi savunanların gerekçelerinden bir diğerisi ise, hukukun kimseden olağanüstü bir şekilde cesaretle bulunmasını bekleyemeyeceği çünkü her insanın doğal olarak kendini koruma hissi ile hareket ettiğini belirtmektedirler. Zor durumda kalan her insan öncelikle kendini korumaktadır, bu insanın doğasında vardır, hiç kimseden böyle bir durumda kendisinden önce başkasının hakkını koruması beklenmemelidir. Bu her insanın

²³ Kangal, s. 31; <http://www.deu/hukuk/dergiler/dergimiz9-2/ozbekdoğan.pdf>.

²³ Kangal, s. 31-34; <http://www.deu/hukuk/dergiler/dergimiz9-2/ozbekdoğan.pdf>.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kangal, s. 32.

doğal olarak gösterdiği bir reflekstir.²⁵ İnsanın içgüdüğü gereği öncelikle kendini koruma isteği vardır ve bu sebeple kişiden başkasını kurtarması hususunda üstün bir cesaret göstermesi beklenmemelidir.

Teoriyi savunanların bir diğer gerekçesi ise, özel hukukta düzenlenen zorunluluk hali ile ilgilidir çünkü özel hukukun bir dalı olan Borçlar Hukuku'nda zorunluluk halinin bir neticesi olarak hâkim tazminata hükmedebilme yetkisine sahiptir. Teoriyi savunanlar, özel hukukta zorunluluk halinin bu düzenleniş şeklinden bu kurumun hukuka uygunluk sebebi olmadığı sonucunun çıkarılamayacağını belirterek hukuksal değer ihlali sonucu meydana gelen zararın da hâkimin hükmettiği tazminat ile tam olarak karşılanmadığını ve bu nedenle de klasik anlamda söz konusu olan tazminattan ayrıldığını belirtmektedirler.²⁶ Soyaslan'a göre, "böyle bir tazmin zorunlu olarak fiilin hukuka aykırı olmasını gerektirmez. Çünkü burada uğranılan zararın tazmini değildir. Miktarının takdiri hâkime bırakılan hakkaniyet tazminidir."²⁷ Kanımca Borçlar Hukuku'ndaki tazminat, oluşan zararı tam olarak karşılamamaktadır. Bu nedenle özel hukukta zorunluluk hali durumunda tazminatın söz konusu olması bu kurumu hukuka uygunluk sebebi olmaktan çıkarmamaktadır.

Ülkemizde ceza hukukçuları tarafından zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olduğu görüşünü savunanlar vardır. Bayraktar'a göre, zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebidir ve cezada indirim gibi düzenlemeler zorunluluk halinin bu niteliğine aykırılık teşkil etmektedir.²⁸ Dönmezer/Erman'a göre de, zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebidir. Zor durumda kalan hiç kimseden kendinden önce başkasının hakkını korumak gibi bir reflekste bulunulması beklenemez. Bu durum hukuksal değerlerin önem olarak birbirine eşit olduğu koşullar içinde geçerlidir çünkü burada kişinin başkasının hakkını ihlal etme hareketi de hukuken bir öne-

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt:2, Beta, 11.bası, İstanbul 1997, s. 125.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer/Erman, s. 127.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Soyaslan, s. 398.

²⁸ Bayraktar, s. 19. Benzer görüş için bkz. Şen, s. 81; Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Hırsızlık, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, 2008, Sa.1-2, s. 781.

me sahiptir ve iki hukuksal değerden birinin ihlali önlenerek aslında yine toplumun yararına olmuştur.²⁹

2) Zorunluluk Halinin Mazeret Sebebi Olduğunu Savunan Teori

Bu teoriyi savunanlar zorunluluk halinin mazeret sebebi olduğunu ileri sürmektedirler; zorunluluk halinde her insanın kendi hakkını korumak için objektif olarak başkasının hakkını ihlal edebilmesini kabul etmemekte ve bu durumu sübjektif olarak açıklamaktadırlar. Failin iradesi üzerinde baskı kuran zorunluluk hali, failin kusurluluğunu etkilemektedir.³⁰ Kanımca bu görüş isabetli değildir. Kişinin sübjektif durumunun zorunluluk halinin niteliği bakımından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu görüşü kabul edersek, zorunluluk hali söz konusu olduğunda her bireyden benzer davranışlarda bulunması beklenmemektedir. O halde örneğin, ıssız bir ormanda kurt saldırısından kurtulmak için tek çarenin uzakta gözüken eve gizlice girmek olduğunu varsayarsak, böyle bir durumda her birey kendi hayatını kurtarmak için uzakta gözüken eve gizlice girmek ister ve bu durum zorunluluk hali içinde olan bireyin iradesinden bağımsızdır. Bu hususta bir tereddüt veya bireyin sübjektif durumundan dolayı söz konusu olan herhangi bir durum söz konusu değildir. Her birey böyle bir durumda, objektif olarak benzer davranışlarda bulunmaktadır çünkü kendini koruma ihtiyacı insanın doğası gereği vardır.

Ülkemizde zorunluluk halinin bir mazeret sebebi olduğunu kabul eden ceza hukukçularının dayanak noktalarından biri TCK m.25 hükmünün gerekçesidir.³¹ Madde gerekçesinde zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran sebep olduğu ifade edildiği için bu kurumun hukuka uygunluk sebebi değil kusurluluğu kaldıran sebep olduğu savunulmaktadır. Fakat

²⁹ Dönmezer/Erman, s. 127.

³⁰ <http://web.deu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9-2/ozbekdogan.pdf>

³¹ TCK m.25 hükmünün gerekçesine göre; "... kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hali düzenlenmiştir: Zorunluluk halinde, kişinin, kendisinin veya başkasının sahip bulunduğu bir hakka yönelik bir tehlikeyi gidermek amacıyla gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla, ceza sorumluluğu yoktur. Meşru savunmadan farklı olarak, zorunluluk halinde bir saldırı değil tehlike söz konusudur. Zorunluluk halinin kabulü için, kişinin tehlikeye bilerek neden olmaması, tehlikeden suç olan bir harekete başvurmadan kurtulmanın olanaklı bulunmaması ve tehlikenin ağır ve muhakkak olması da araştırılacaktır."

aksi görüşü savunanlar bu görüşü madde gerekçesinin bağlayıcı niteliğinin olmadığı gerekçesiyle reddetmektedirler.³² Aksi görüş isabetlidir; madde gerekçesinin bağlayıcı bir niteliği olmadığı için bir hukuki kurumu açıklarken madde gerekçesini esas almak doğru bir yaklaşım değildir. Zorunluluk hali sırf madde gerekçesinde kusurluluğu kaldıran sebep olarak kabul edildiği için bu kurumun hukuka uygunluk sebebi olmadığını ileri sürmek, bağlayıcı niteliği olmayan gerekçeye olması gerekenden üstün bir değer atfetmek olmaktadır.

Bu görüşü savunanların başka bir dayanağı ise, CMK m.223/3-b hükmüdür. Bu hükme göre, eğer sanığa yüklenen suç zorunluluk halinin etkisiyle işlenmişse, sanık hakkında kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmektedir.³³ Kanımca bu düzenleme TCK m.25/2'deki zorunluluk halinin hukuksal niteliği ile bağdaşmamaktadır. Madde gerekçesi esas alınarak bu düzenlemenin yapıldığı varsayıldığında bile madde gerekçesinin bağlayıcılık niteliği olmadığı için yapılan düzenleme isabetli değildir.

Zorunluluk halinin mazeret sebebi olduğu görüşünün dayanaklarından biri, borçlar kanunu m.52/2 hükmüdür. Bu hüküm uyarınca, zorunluluk hali nedeniyle başkasının hakkını ihlal eden kişi, karşı tarafa tazminat ödemektedir. Teori taraftarları, zorunluluk halinin buradaki düzenleniş şekli sebebiyle bir hukuka uygunluk sebebi değil, kusurluluğu etkileyen hal olduğunu çünkü zorunluluk hali sebebiyle hakkı ihlal edilen şahsa tazminat verilmesinin öngörüldüğünü belirtmektedirler. Hukuka uygunluk sebebinde fiil hukuka uygun hale geldiği için herhangi bir ceza zaten söz konusu değildir, fakat kusurluluğu etkileyen hallerde fiilin hukuka aykırılık niteliği devam ettiği için ceza verilmesi söz konusu olmaktadır ve burada zorunluluk hali kusurluluğu etkileyen bir haldir. Fiil ya bütün hukuk düzenine aykırıdır ya da değildir.³⁴ Yani fiilin sadece ceza hukuku bakımından hukuka uygun olması yetmez, fiil bütün hukuk düzenince hukuka

³² Demirbaş, s. 286; Demirbaş'a göre, kanun metnine dahil olmayan bu ifade ancak yorum aracı olarak kullanılabilir.

³³ Aynı görüş için bkz. Hakeri, s. 328; Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku, Seçkin, 6. baskı, Ankara 2013, s. 305.

³⁴ Şekli hukuka aykırılık ve maddi hukuka aykırılık ayrımı için bkz. Demirbaş, 256-257; Dönmezer/Erman, s. 8-9.

uygun kabul edilmelidir. Ceza hukukunda hukuka uygun kabul edilen bir fiil, özel hukukta yaptırım öngörölmüş hukuka aykırı bir fiil ise, o fiilin hukuka uygun olduğu kabul edilemez. Önemli olan fiilin tüm hukuk düzenince ne anlam ifade ettiğidir. Bu nedenle zorunluluk hali kusurluluğu etkileyen haldir.³⁵ Burada söz konusu tazminat verilen zararı tam olarak karşılamamaktadır. Bu sebeple Borçlar Hukuku anlamındaki zararı tam olarak karşılayan bir tazminat söz konusu olmadığı için özel hukukta zorunluluk hali durumunda karşı tarafa karşı tazminat ödenmesi, bu kurumun hukuka uygunluk sebebi olmadığı sonucunu doğurmamaktadır. O halde zorunluluk hali, tüm hukuk düzenince hukuka uygunluk sebebi olma vasfını korumaktadır.

B) Ayırma (Fark) Teorisi

Bu teoriyi savunanlar, korunan hukuksal değerler arasında bir karşılaştırma yapmaktadırlar.³⁶ Eğer korunmak istenen hukuksal değer, ihlal edilen hukuksal değerden önemli ölçüde üstün ise olayda hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin olduğu kabul edilir. Fakat korunmak istenen hukuksal değer, ihlal edilen değere göre önemli ölçüde üstün değil veya eşitse bu durumda olayda mazeret sebebinin varlığı kabul edilir.³⁷ Örneğin, kurt saldırısından kaçan kişinin, başkasının evinin bahçesine gizlice girmesi durumunda bir hukuka uygunluk sebebi söz konusudur çünkü yaşama hakkı üstün bir hukuksal değerdir. Fakat batmakta olan sandalda bulunan iki kişiden birinin diğerini denize atmasında korunan hukuksal değerlerin ikisi de yaşam hakkıdır yani birbirine eşit iki hukuksal değer söz konusu olduğu için mazeret sebebinin varlığı kabul edilir.

³⁵ Koca/Üzölmez, s. 305. Karşıt görüşte olan Soyaslan'a göre, "zorunluluk hali özel hukuk açısından da hukuka uygundur. Ancak günahsız bir kişi zarara maruz kaldığı için özel hukuk hakkaniyet gereği isabetli olarak tazminat öngörmüştür. (BK. M 52/2). Böyle bir tazmin zorunlu olarak fiilin hukuka aykırı olmasını gerektirmez. Çünkü burada uğranılan zararın tazmini söz konusu değildir. Miktarının takdiri hâkime bırakılan hakkaniyet tazminidir." (Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, 5.baskı, Ankara 2012, s.398.)

³⁶ Alman Hukuku, zorunluluk halini, hukuka uygunluk sebebi olan ve kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali olarak ikiye ayırmaktadır. (Zafer, s. 314).

³⁷ Kangal, s. 48.

Ülkemizdeki ceza hukukçuları tarafından da bu görüşü savunanlar vardır; Demirbaş'a göre, zorunluluk hali somut olayın şartlarına göre kimi zaman hukuka uygunluk sebebi kimi zaman ise kusurluluğu etkileyen hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Zorunluluk hali konusundaki TCK m. 25/2 düzenlemesinin de hem hukuka uygunluk sebebi hem de kusurluluğu etkileyen hal olarak öngörüldüğü kabul edilmelidir.³⁸ Zorunluluk halinin hukuki niteliği konusunda ayırma teorisini benimseyen Kangal'a göre de, somut olayın şartlarına göre eğer korunmak istenilen hukuksal değer ihlal edilen hukuksal değere göre önemli ölçüde üstünse hukuka uygunluk sebebi, önemli ölçüde üstün değil veya iki hukuksal değer de birbirine eşit ise, mazeret sebebinin varlığı kabul edilir. TCK m. 25/2 düzenlemesi de bu şekilde değerlendirilmelidir. Kangal'a göre, bu görüşü CMK ile de desteklemek mümkündür; eğer somut olayda zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebi ise CMK m. 223/2-d uyarınca sanığın beraatine karar verilmelidir.³⁹ Fakat somut olayda zorunluluk hali mazeret sebebi ise CMK m. 223/3-b hükmü uygulanarak failin kusurunun bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.⁴⁰

Belirtmek gerekir ki, zorunluluk halinin hukuki niteliğinin belirlenmesi, söz konusu kurumun sonuçlarını da tamamen değiştirmektedir, hukuki değerler arasında karşılaştırma yapmak suretiyle değerlendirme yaparak bir hukuki kurumun niteliğini belirlemek isabetli değildir. Bu sebeple böyle bir yorumdan kaçınmak gerekir. Kaldı ki, hukuki değerler arasında yapılacak bir karşılaştırma kimi zaman sübjektif, kişiden kişiye değişen bir değerlendirme içerme tehlikesini de bünyesinde barındırmaktadır. Ayırma teorisi bu sakıncalarından ötürü kabul edilmemelidir.

III) Değerlendirme

Zorunluluk halinin hukuksal niteliğini belirlemek için tek tipi savunan teorilerden biri olan zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olduğu teorisi benimsenmelidir. Zorunluluk halinin mazeret sebebi olduğu teorisi,

³⁸ Demirbaş, s. 286.

³⁹ CMK m.223/2-d hükmü uyarınca, eğer somut olayda bir hukuka uygunluk sebebi var ise, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, sanık hakkında beraat kararı verilir.

⁴⁰ Kangal, s. 48.

bu kurumun hukuksal niteliği ile bağdaşmamaktadır; kişinin iradesinden, sübjektif durumundan kaynaklanan herhangi bir durum söz konusu değildir. Aksine zorunluluk halinin söz konusu olduğu durumda her bireyden benzer davranışlar beklenmektedir. Örneğin; yangından kurtulmak için tek çözüm yan komşunun evine girmek ise, böyle bir durumda kalan her birey yan komşusunun evine girer çünkü kendini koruma ihtiyacı insanın doğası gereği vardır. Zorunluluk halinin mazeret sebebi olduğunu madde gerekçesine dayandırmak ise, bağlayıcı niteliği olmayan gerekçeye bağlayıcı nitelik atfetmek olur ki bu ise kanımca kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir çünkü TCK m. 25/2, zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir sebep olduğunu belirtmemektedir. Kanun maddesinde yer verilmeyen bir hususa madde gerekçesinde değinildiği için gerekçeyi esas alarak değerlendirme yapmak kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zorunluluk hali durumunda özel hukukta söz konusu olan tazminat ise, verilen zararı tam olarak karşılayan bir tazminat olmadığı için bu görüş ile zorunluluk halinin hukuka uygunluk sebebi olmadığı sonucuna varmak isabetli değildir.

Zorunluluk halinin hukuksal niteliğini ayırma teorisine dayandıran görüş ise, hukuksal değerler arasında karşılaştırma yaparak bir sonuca ulaşmaktadır. Kanımca her somut olayda bu şekilde bir karşılaştırma yaparak zorunluluk halinin hukuksal niteliğini tespit etmek isabetli değildir çünkü kurumun hukuksal niteliğinin tespiti, söz konusu bütün sonuçlarını da değiştirmektedir. Ayrıca bir kurum ya hukuka uygundur ya da değildir; bazı durumlarda hukuka uygunluk sebebi bazı durumlarda ise kusurluluğu kaldıran sebep olarak değerlendirmek yanılığa sebebiyet vermektedir.

IV) TCK m.147 Hükmünün Şartları ve Hukuksal Niteliği

A) TCK m.147 Hükmünün Şartları

TCK m. 147 hükmü, hırsızlık suçuna ilişkindir. TCK m. 147 hükmüne göre, *“Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir”*. Burada ihtiyacın ağır olması, kişinin içinde bulunduğu şartlarda yaşadığı duruma katlanmasının beklenemeyecek olmasıdır. İhtiyacın acil olması ise, kişinin ya da başkasının hukuksal herhangi bir yararının karşılanmadığı takdirde tehlikeye maruz kalacak

olmasıdır.⁴¹ Ağır ve acil ihtiyacın söz konusu olmadığı bir durumda ya da kişinin ihtiyacını karşıladıktan sonra da yapmaya devam ettiği hırsızlık fiilleri bu madde kapsamında değildir.⁴² Somut olayda kişinin ihtiyacının ağır ve acil bir nitelik taşıyıp taşımadığını hâkim takdir etmekte olup, bu kapsamda hırsızlık fiilinin ihtiyaç ile orantılı olup olmadığını ve hırsızlık fiili ile ihtiyaç arasındaki illiyet bağının varlığını da değerlendirmektedir.⁴³ Burada söz konusu mal para olabileceği gibi herhangi bir şey de olabilir. Malın değerinin az veya çok olması önem arz etmemektedir. Somut olayda kişinin ihtiyacını dolaylı olarak karşılaması yeterlidir. Örneğin; ilaç almak için para çalmak. İhtiyacın niteliği manevi de olabilmektedir. Örneğin; kişinin ağır hasta olan dedesi için ilaç çalması.⁴⁴

Belirtmek gerekir ki, bu madde kapsamındaki ağır ve acil ihtiyacın söz konusu olabilmesi için kişinin kendisine veya başkasına yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikenin meydana gelmemesi gerekir.⁴⁵ Bu durum TCK m. 147 hükmünü, TCK m. 25/2 kapsamında düzenlenen zorunluluk halinden ayırmaktadır çünkü TCK m. 25/2 hükmünün söz konusu olabilmesi için kişinin kendisine veya başkasına yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikenin varlığı gerekir. TCK m. 147 hükmü söz konusu olduğunda, TCK m. 25/2 hükmündeki tehlikeye ve korunmaya ilişkin koşullar aranmamaktadır; bu koşulların gerçekleştiği bir durumun varlığında ise, hukuka uygunluk sebebi olan TCK m. 25/2 hükmüne gidilmektedir. Oysa TCK m. 147 hükmündeki zorunluluk hali bu duruma ulaşmayan haller için söz konusu olmaktadır. Ayrıca TCK m. 25/2 hükmünün aksine TCK m. 147 hükmünün söz konusu olduğu durumlarda kişiye verilecek cezada da indirime gidilebilmektedir.⁴⁶ Kanımca bu şartlar, TCK m. 147 hükmünün TCK m. 25/2 hükmü ile aynı nitelikte olmadığını açıkça göstermektedir; şartları ve faile verilecek ceza yönünden ciddi farklar olduğu görülmektedir.

⁴¹ Hafizoğulları/Özen, s. 783.

⁴² Meran Necati, Malvarlığına Karşı Suçlar, Seçkin, 2.Bası, Ankara 2013, s. 188.

⁴³ Caner Yenidünya, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, Adalet, Ankara 2013, s. 94.

⁴⁴ Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 394.

⁴⁵ Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.1, Beta, 2.Bası, İstanbul 2011, s. 332.

⁴⁶ Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat, Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara, 10.baskı, 2013, s. 596.

B) TCK m.147 Hükümünün Hukuksal Niteliği

Yasa koyucu, zorunluluk haline sadece ceza kanununun genel kısmında değil, özel kısmında da yer vermekte ve bazı suç tipleri bakımından zorunluluk halini ayrıca düzenlemektedir.⁴⁷ Fakat bu durum zorunluluk halinin TCK m. 25/2'nin karşısında, özel olarak düzenlenen zorunluluk hallerinin hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda doktrinde tartışmalara neden olmaktadır. Bu tartışmalara neden olan maddelerden biri TCK m. 147'dir.⁴⁸ TCK m. 147'ye göre, *"Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi halinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir"*. Örneğin, aç olduğu için ekmek çalan çocuğun durumu bu kapsamda tartışılmaktadır.⁴⁹

⁴⁷ Özgenç'e göre: "Yeni TCK'ya ilişkin olarak TBMM Adalet Alt Komisyonundaki çalışmalarımız sırasında; akademisyenler olarak, Kanunun Birinci Kitabının İkinci Kısım altında "Hukuka Uygunluk Nedenleri" ve "Kusurluluğu Etkileyen Nedenler" olarak iki ayrı Bölüme yer verilmesini ve mevcut İkinci Bölüm altındaki maddelerin buna göre yeniden tasnif ve formüle edilmesini önermiştik. Ancak bu yöndeki girişimimizden olumlu sonuç elde edemedik. Düşüncemiz gerçekleşseydi, zorunluluk halini sadece kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak değil, daha genel bir şekilde, kusurluluğu etkileyen bir neden olarak düzenleyecektik. Ancak bu girişimimizde başarılı olamadığımız için, Kanunun Özel Hükümler Kitabındaki çeşitli suç tanımları bağlamında ayrıca zorunluluk haline ilişkin hükümlere yer verilmesi gereği ortaya çıkmıştır." (Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku, Adalet, 9.bası, Ankara 2013, s. 403.)

⁴⁸ Mülga kanun m.494/2 hükmü "zaruret haline ulaşmayan ağır ve acil ihtiyaçtan" bahsetmektedir. Oysa 5237 sayılı TCK böyle bir ibareye yer vermemektedir. Ayrıca mülga kanun bu durumda faile daha az ceza verilmesini öngörmesine karşın 5237 sayılı TCK cezada indirimin yanı sıra ceza verilmekten kaçınılabileceğini de öngörmektedir. (Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Adalet, 2.Baskı, Ankara 2014, s. 4751).

⁴⁹ Ağır ve acil ihtiyaç herhangi bir mal olabileceği gibi para da olabilir. Burada alınan malın değerinin çok veya az olması önemli değildir ve ihtiyacı dolaylı karşılaması da yeterlidir. Hasta olan abisine ilaç almak için para çalma fiili buna örnektir. (Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, 9.baskı, Ankara 2012, s.394.); "Olay günü saat 23.50 sıralarında, katılan şirkete ait işyerinin camdan yapılmış kapısını kırarak giren, alarmin çalması üzerine olay yerine gelen kollukça yakalanan sanığın, aç olduğu için girdiğini savunduğu olayda; hırsızlığın 5237 sayılı TCY'nin 147.maddesindeki ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmiş olması koşulu oluşmadığı halde, sanığın yönetimince savunması da olmadan yazılı biçimde uygulama yapılması", (6.CD, 29.05.2007, 2006/14752-2007/6824, Eker Hüseyin, Hırsızlık Suçları, HUKAB Yayınları, Ankara, 2013, s. 245); "Sanığın mühürü kırarak sayaç yerine galvaniz boru bağlamak suretiyle kaçak su kullandığı iddiası ile hakkında tutanak düzenlediği anlaşılmakla; 5237 sayılı YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

Öğretideki bir görüşe göre; TCK m. 25/2’de kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak zorunluluk hali düzenlenmektedir. TCK m. 147 ise, kişinin ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için hırsızlık suçunu işlemesi durumunda zorunluluk hali kabul edilmektedir. Bu durumda hâkim somut olayın şartlarına göre cezada indirim yapabileceği gibi ceza vermekten de kaçınabilmektedir. Fakat TCK m. 147’nin uygulanabilmesi için işlenen fiilin TCK m. 25/2’deki zorunluluk haline ulaşmamış olması şartına bağlıdır. TCK m. 147’de düzenlenmekte olan zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebi değildir çünkü bu durumda hâkim somut olayın şartlarına göre indirilmiş dahi olsa faile ceza verebilmektedir.⁵⁰ Kanımca bu görüş TCK m. 25/2’deki zorunluluk halini hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmediği için isabetli değildir çünkü TCK m. 25/2’deki zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebidir yani failin sübjektif durumu önem taşımamakta; fiilin hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkmaktadır. TCK m. 147 ise kusurluluğu ortadan kaldıran bir haldir çünkü bu durumda faile ceza verilmeyeceği gibi cezasında indirim yoluna da gidilebilmektedir. Cezada indirim ise, hukuka uygunluk sebebinin niteliği ile bağdaşmamaktadır çünkü hukuka uygunluk sebebinde fiil zaten hukuka aykırı olmadığı için faile ceza verilmemektedir.

Diğer bir görüşe göre, TCK m. 147’nin başlığı “zorunluluk hali” olsa bile, aslında burada teknik anlamda bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır; TCK m. 25/2’deki zorunluluk halinin gerçekleşmesi için aranan tehlikeye ve korunmaya ilişkin koşullar, TCK m. 147’de düzenlenen zorunluluk hali için aranmamaktadır. Eğer somut olayın şartlarına göre, TCK m. 25/2’deki zorunluluk halinin şartları gerçekleşmiş ise, hukuka uygunluk sebebinin varlığı kabul edilir ve bu durumda TCK m. 25/2 uygulanır.⁵¹

TCK’nın 147.maddesinin şartlarının oluşmadığı gözetilerek duruşmaya devamla suçla konu olayla ilgili tüm deliller toplanarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, sanığın günü-birlik sigortasız çalışması nedeniyle ekonomik durumunun zayıf olduğu ve insan yaşamı için hayati önem taşıyan suyu kullanarak ağır ve acil ihtiyacı karşılamak için bu suçu işlendiği şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle, 5237 sayılı TCK’nın 147.maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi”, (2.CD, 20.06.2007, 2007/6126-2007/9056, Eker, s. 245).

⁵⁰ Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.2, Seçkin, 3.baskı, 2010, s. 2109-2110.

⁵¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 596.

TCK m. 149 hükmünün başlığının değişmesi gerekmektedir. TCK m. 25/2’de hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali, TCK m. 49 hükmünde ise kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal söz konusudur. Bu durumda isim yönünden aynı olan iki düzenleme aslında tamamen farklı hukuksal nitelikleri ve sonuçları içermektedirler. TCK m. 147’nin başlığının “zorunluluk hali” olması kavram karışıklığına sebep olmaktadır. Kanımca madde başlığı “hırsızlık suçunda kusurluluğu etkileyen haller”, “kusurluluğu etkileyen hal” ya da “ağır ve acil ihtiyaç” başlıkları bile kavram karışıklığına açıklık getirmektedir; böylece hiç değilse bu maddenin zorunluluk hali ile bağdaştırılmaması sağlanmaktadır.

TCK m. 147’deki zorunluluk halinin TCK m. 25/2’deki zorunluluk haline göre özel hüküm niteliğinde olduğunu savunan görüşe göre ise, TCK m. 25/2’deki zorunluluk hali bütün suçlar bakımından geçerli olan kusurluluğu kaldıran bir haldir. Kanun koyucu, hırsızlık suçu için özel bir hüküm olan TCK m. 147’yi düzenlemektedir; somut olayda hırsızlık suçu için zorunluluk hali söz konusu olduğunda zorunluluk halinin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ve eğer gerçekleşti ise bunun sonuçlarının ne olacağı TCK m. 25/2’ye göre değil, özel hüküm niteliğinde olan TCK m. 147 esas alınarak belirlenmelidir. TCK m. 147, TCK m. 25/2’den farklı olarak, hâkime takdir yetkisi tanımakta; hâkim somut olayın özelliğine göre hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla işlendiğini belirledikten sonra failin iradesinin bu durumdan ne şekilde etkilendiğini değerlendirerek faile ceza vermeyeceği gibi cezada indirim de yapabilmektedir. Failin iradesi bu durumdan önemli ölçüde etkilenmiş ise, hâkim ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermektedir. Eğer failin iradesi bu durumdan önemli ölçüde etkilenmemiş ise, hâkim failin cezasında indirim yapmaktadır. Örneğin, çocuğu için ekme çalan annenin iradesinin çocuğunun bu durumundan önemli ölçüde etkilendiği kabul edilmelidir.⁵² TCK m. 25/2 failin iradesinin söz konusu olmadığı tamamen objektif şartlar barındıran hukuka uygunluk sebebidir. TCK m. 147 ise kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu için bu iki hüküm arasında genel norm-özel norm tartışması yapılması isabetsizdir. Somut olayda her iki maddedeki koşulların gerçekleşmesi halinde ise, daha sıkı koşullar içeren TCK m. 25/2 hük-

⁵² Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara 2013, s. 571-572; benzer görüş için bkz. Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 4752.

mü uygulanmalıdır çünkü bu halde failin fiili hukuka uygun hale gelmekte ve faile ceza verilmemektedir.

Diğer bir görüş ise, TCK m. 147'deki zorunluluk hali, kanun koyucunun genel hükümler başlığı adı altında hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlediği TCK m. 25/2'deki zorunluluk halinin içerisinde yer almaktadır yani TCK m. 25/2, TCK m. 147'yi de kapsamaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun zorunluluk hali ile ilgili özel bir düzenlemeye yer vermesi isabetli değildir. Kişinin ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak amacıyla hırsızlık suçunu işlemesi halinde TCK m. 147 olmasa dahi TCK m. 25/2'nin uygulanması mümkün olabilecekti.⁵³

Bir diğer görüşe göre, "ağır ve acil ihtiyaç" için hırsızlık yapmak, zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmemektedir. Zorunluluk halinde, kişinin şahsına veya malına yönelik ağır ve ciddi bir zarara neden olabilecek bir tehlikeyi ortada kaldırmak için fiili işlemektedir. Ancak ihtiyaç nedeniyle çalma fiilinde, tehlike zorunluluk halindeki kadar ağır ve ciddi olmayabilir. Bu nedenle TCK m. 147, TCK m. 25/2'den içerik itibarıyla daha geniştir. Zorunluluk halinin şartları gerçekleştiğinde ise TCK m. 147 değil, TCK m. 25/2 uygulanacaktır.⁵⁴ TCK m.147'nin şartları, TCK m. 25/2'ye göre daha esnektir. TCK m. 147'nin TCK m. 25/2'ye göre uygulama alanı daha geniştir.

Tartışmayla ilgili bir diğer görüş ise; TCK m. 147'deki zorunluluk halinin hem hukuka uygunluk sebebi hem de kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir mazeret sebebi olduğunu kabul etmektedir. Burada korunan hukuksal değerler bakımından karşılaştırma yapılmakta; eğer zorunluluk hali sebebiyle failin tehlikeyle karşı karşıya kalacak yararı, bu tehlikeden korunmak için ihlal edilen hukuksal yarardan daha önemli ise hukuka uygunluk sebebi, bu hukuksal yararlar birbirine eşit ise kusurluluğu etkileyen veya ortadan kaldıran hal söz konusu olmaktadır. Hâkim somut olayda failin kusurunun bulunmadığına kanaat getirir ise ceza vermeyecek, failin

⁵³ Şen Ersan, Hırsızlık Suçları, Ankara Barosu Dergisi, Editör: Yrd. Doç. Dr. Serhat Sinan Kocaoğlu, S.2012/3, Ankara 2012, s. 353-354. Toroslu'ya göre; "buradaki 'ağır ve acil ihtiyaç' hali, aslında zorunluluk halini ifade ettiğine göre, genel bir hukuka uygunluk durumunun hırsızlık suçları yönünden cezayı azaltan veya ortadan kaldıran bir neden haline getirilmesi anlaşılammaktadır." (Toroslu Nevzat, Ceza Özel Hukuku, s. 145).

⁵⁴ Soyaslan. Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 395.

kusurunun bulunduğuna karar verir ise cezada indirim yaparak mahkumiyet kararı verecektir. Bu nedenle TCK m. 25/2'nin uygulanması hırsızlık suçları bakımından söz konusu değildir.⁵⁵ Bu görüş isabetli değildir; her somut olayda hukuksal değerler arasında bir karşılaştırma yaparak sonuca ulaşmak sübjektif bir değerlendirmeyi içermektedir. Kaldı ki böyle bir karşılaştırma yaparak bir kuruma tamamen farklı sonuçları olan hukuksal nitelikler atfetmek doğru değildir. Bu sebeple TCK m. 147 faile cezada indirimin de söz konusu olmasından dolayı kusurluluğu kaldıran bir haldir; failin iradesi burada önem taşımaktadır.

Başka bir görüş ise, bazı suçlar bakımından öngörülen özel zorunluluk halinin varlığı için, mevcut düzenlemedeki koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bu tür düzenlemelerde her ne kadar madde başlığı zorunluluk hali olsa da burada kastedilen özel birer hukuka uygunluk sebebi olmayıp, kusurluluğu ortadan kaldıran özel bir haldir. Bu nedenle özel zorunluluk hallerine yer veren suç tiplerinde, zorunluluk hali söz konusu olduğunda suç oluşur ama fail kınanamadığı için cezaya hükmolunmaz veya fiildeki haksızlık hafif olduğu için cezada indirim yapılır.⁵⁶ Bu görüş isabetlidir; TCK m. 25/2'deki hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk hali, TCK m. 147 için söz konusu olmamaktadır. TCK m. 147 'nin madde başlığı değiştirilmelidir. TCK m. 147 kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olduğu için TCK m. 25/2'nin özel bir görünüm şekli de değildir.

SONUÇ

Yasa koyucu TCK m. 25/2'deki genel hükümler arasında yer alan zorunluluk halinin yanı sıra özel hükümlerde de bazı suçlar için zorunluluk halini ayrıca düzenlemektedir. TCK m. 25/2'deki zorunluluk halinin hukuksal niteliği doktrinde tartışmalıdır; zorunluluk halinin sadece hukuka uygunluk veya mazeret sebebi olduğunu savunan tekçi teorilerin yanı sıra hukuksal değerler arasında karşılaştırma yapmak suretiyle hukuksal değerlerden

⁵⁵ Kangal, s. 50-51. Demirbaş'a göre: "TCK m.25/2'deki genel "zorunluluk hali" dışında, bazı suçlar yönünden özel zorunluluk hallerine de yer vermiştir. Kanun yapma tekniği açısından yerinde olmayan bu özel zorunluluk hallerine örnek olarak, organ ve doku ticareti suçunda zorunluluk halini düzenleyen m.92 ile hırsızlıkta zorunluluk halini düzenleyen m.147'yi gösterebiliriz."(Demirbaş, s. 287).

⁵⁶ Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, 3. bası, İstanbul 2013, s. 316. *YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)*

birinin diğerinden üstün olduğu durumlarda hukuka uygunluk sebebi, hukuksal değerlerden birinin diğerine oranla önemli bir üstünlüğünün olmadığı veya önem bakımından birbirine eşit olduğu durumlarda ise mazeret sebebi olan zorunluluk halini kabul eden ayırma teorisi de kabul edilmektedir. Kanımca TCK m. 25/2 hukuka uygunluk sebebidir; fiilin hukuka aykırılık niteliği ortadan kalkmaktadır. TCK m. 25/2'nin gerekçesinde zorunluluk halini kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu ifade edilmekte ise de, madde gerekçesinin bağlayıcılık niteliği bulunmamaktadır. Bu şekilde bir değerlendirme kanımca kanunda yazılı olmayan bir ibareye adeta kanun değerini atfetmektir ve bu ise ceza hukukunun genel prensipleriyle bağdaşmamaktadır. Zorunluluk hali durumunda özel hukukta söz konusu olan tazminat ise verilen zararı tamamen karşılayan bir tazminat niteliğinde olmadığı için bu kurumun hukuka uygunluk sebebi olmadığı sonucuna ulaşılmamaktadır. Ayrıca CMK m. 223/3.b hükmünde zorunluluk hali durumunda failin kusurluluğunun bulunmaması sebebiyle ceza verilmesine yer olmadığına dair düzenleme de TCK m. 25/2'nin hukuksal niteliği ile bağdaşmamakta, madde gerekçesi hükme esas alınmadığı için gerekçe de bu düzenlemenin isabetli olduğu hususunda esas alınmamaktadır. Kanımca zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi olduğu için bu durumda hâkim suçun oluşmadığı gerekçesine dayanarak CMK m. 223/2.d hükmü gerekçesiyle beraat kararı vermelidir.

TCK m. 25/2'deki zorunluluk hali karşısında özel hükümlerde yer alan zorunluluk hali başlığı adı altındaki düzenlemelere de rastlanmaktadır. Kanımca TCK m. 147 kusurluluğu ortadan kaldıran bir haldir çünkü bu durumda faile ceza verilmemesi söz konusu olabileceği gibi cezada indirim yoluna da gidilebilmektedir. Hukuka uygunluk sebebinin varlığı halinde, failin işlemiş olduğu fiil zaten hukuka uygun hale gelmekte dolayısıyla faile ceza verilmemektedir. Fakat TCK m. 147 durumunda faile verilecek cezada indirimin söz konusu olması hukuka uygunluk sebebinin niteliği ile bağdaşmamakta ve TCK m. 147'deki zorunluluk halinin kusurluluğu kaldıran bir hal olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Kaldı ki TCK m. 25/2'nin şartları da TCK m. 147'ye göre farklıdır. Somut olayda TCK m. 25/2 ile TCK m. 147'nin şartları aynı anda gerçekleşir ise TCK m. 25/2 uygulanmalıdır çünkü TCK m. 25/2'nin şartları hem daha sıkı nitelikte hem de TCK m. 25/2 niteliği itibariyle hukuka uygunluk sebebidir.

Kanımla TCK m. 25/2'nin düzenlendiği bölümün adı olan "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler" değiştirilmeli ve böylece TCK m. 25/2'nin hukuka uygunluk sebebi olduğu konusunda tereddütler giderilmelidir. Örneğin, "hukuka uygunluk sebepleri" olarak ayrı bir başlık adı altında bu düzenlemeye yer verilmesi daha yerinde olmaktadır. TCK m. 147 ise faile cezada indirim de söz konusu olması sebebiyle kusurluluğu kaldıran bir haldir. Burada da madde başlığı değiştirilmesi gerekmektedir. Örneğin, TCK m. 147'nin başlığı için "ağır veya acil ihtiyaç" veya "hırsızlık suçunda kusurluluğu ortadan kaldıran hal" denebilir. Aksi halde sonuçları itibariyle tamamen farklı olan iki kurum arasında kavram karışıklığı devam edecektir.

Belirtmek gerekir ki kanunun yapılış sistematığının ne denli titizlikle hazırlanması gerektiği ve bu konuda yapılacak en ufak bir yanlışın bile sonuçları tamamen farklı kurumların birbirine karıştırılması sonucunu doğurduğu görülmektedir. Bu sebeple yasa koyucunun bu tür kavram karışıklığına neden olmayan düzenlemeler yapması konusunda büyük hassasiyet göstermesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Artuk Emin/Gökçen Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, 8. Bası, Ankara 2014.

Bayraktar Köksal, Yeni Türk Ceza Kanununda Hukuka Uygunluk Nedenleri, Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağanlar Serisi No:5.

Caner Yenidünya, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu, Adalet, Ankara 2013.

Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, 7. Bası, İstanbul 2011.

Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Beta, 2. Bası, İstanbul 2011.

Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt:2, Beta, 11.Bası, İstanbul 1997.

Eker Hüseyin, Hırsızlık Suçları, HUKAB YAYINLARI, Ankara 2013.

Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet, 13.Baskı, Ankara 2012.

Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Hırsızlık, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII, 2008.

Kangal T. Zeynel, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin, Ankara 2010.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 6. Bası, Ankara 2013.

Meran Necati, Malvarlığına Karşı Suçlar (Hırsızlık, Yağma), Seçkin, 2.Bası, Ankara 2013.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 9. Bası, Ankara, 2013.

Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin, 3.Baskı, Ankara 2010.

Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, 5. Baskı, Ankara 2012.

Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, 9. Baskı, Ankara 2012.

Şen Ersan, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008.

Şen Ersan, Hırsızlık Suçları, Ankara Barosu Dergisi, Editör: Yrd.Doç.Dr.Serhat Sinan Kocaoğlu, S.2012/3, Ankara 2012.

Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Mustafa, Ceza Özel Hukuku, Seçkin, 10.Baskı, Ankara 2013.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, 19. Baskı, Ankara 2013.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2013.

Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Türk Ceza Kanunu, 4.Cilt, Adalet, Ankara 2014.

Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin, 4.Baskı, Ankara 2011.

Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (ders kitabı), Beta, 3. Baskı, İstanbul 2013.

<http://web.deu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9-2/ozbekdoğan.pdf>
(Erişim tarihi:15.01.2013).

AMERİKAN HUKUK SİSTEMİNDE HÂKİMİN REDDİ VE ÇEKİLMESİ, GÜNCEL PROBLEMLER VE REFORM İHTİYACI

*(RECUSAL AND DISQUALIFICATION OF JUDGES IN THE U.S. LEGAL SYSTEM,
CURRENT PROBLEMS AND THE NEED FOR REFORM)*

Orhan KARABACAK*
Muhiddin KARATAŞ**

ÖZET

Federal bir çatı altında, ayrı ayrı eyaletlerden/devletlerden oluşan bir yönetim yapısının gerektirdiği denge, Amerika Birleşik Devletleri'nde yargısal fonksiyonun mükemmel işletilmesi gereğini ortaya çıkarmıştır. Tarafsız bir yargıya olan ihtiyaç, yargı organının temel öğelerinden olan hâkimlerin tarafsızlığının sağlanmasına ilişkin düzenlemelerin yürürlüğe konulmasına neden olmuştur. Amerikan hukuk sisteminde hâkimlerin reddine ve çekilmelerine ilişkin iki temel düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeler, federal kodifikasyonun 28. başlığının 144. ve 455. kısımları içerisinde yer almıştır. Bu iki temel düzenlemeye ek olarak aynı başlığın 47. ve 2106. kısımlarında temyiz mahkemesi hâkimlerinin reddi ve çekilmesine yönelik düzenlemelere de yer verilmiştir. Hâkimin reddi ve çekilmesi ile ilgili uygulamada birçok sorun bulunmaktadır. Bunların başında, hâkimin reddine ilişkin talebin, reddi istenilen hâkim tarafından ve çoğu zaman gerekçesiz olarak karara bağlanması gelmektedir. Bir diğer problem ise eyalet mahkemesi hâkimlerinin seçim kampanyalarından kaynaklanmaktadır. Seçim süreci boyunca toplanan bağışlar ve sergilenen politik duruş daha sonraki meslek yaşamında, hâkimlerin tarafsızlığının sorgu-

* Rize İdare Mahkemesi Hâkimi, ABD Michigan State Üniversitesi Hukuk Fakültesi LL.M Öğrencisi, e-posta: okarabacak@hotmail.com

** Ankara İdare Mahkemesi Hâkimi, ABD Michigan State Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi, e-posta: karatas14@gmail.com

lanmasına neden olabilmektedir. Bu sorunların çözümüne yönelik çalışmalar yapılmakta ve çözüm önerileri ortaya konulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hâkimin reddi ve çekilmesi, önyargı, Tarafsızlık, Amerika Birleşik Devletleri Federal Kanunları Derlemesi.

ABSTRACT

The requirement of a balance under the federal structure/roof which consists of individual states needs a judicial function that operates perfectly in the U.S. The need of impartial judiciary has led to enactments of regulations which ensure impartial judges, the basis of the judicial body. There are two main acts regarding recusal and disqualification of judges in the U.S legal system. These are 28 U.S.C. § 144 and 28 U.S.C. § 455. In addition to these two principal statutes, the disqualification of appellate judges is set forth under 28 U.S.C. § 47 and 28 U.S.C. § 2106. In practice, there are several problems regarding recusal and disqualification of judges. The major problem is that the motion for disqualification of a judge is handled by the judge in question and the concerned judge mostly does not put forth his rationales while deciding. Another problem is due to the election campaigns of state court judges. The donations collected and the political stance presented during the selection process may lead to questioning the impartiality of the judges in their subsequent professional life. Some research are being done and solution suggestions are being presented.

Keywords: *Recusal and disqualification of a judge, The Code of Laws of the United States of America, bias and prejudice, impartiality, the Code of Laws of the United States of America*

GİRİŞ¹

Hâkimin reddi ve çekilmesi müessesesi antik çağlardan bu yana hukuk sistemlerinde yerini almıştır. *Justinianus* Roma Hukukunda, hâkimin zan altında olduğunu düşündüğü durumlarda kendiliğinden davadan çekilebilmesine olanak sağlanmıştır.

Başlangıçta İngiliz gelenek/içtihat hukukunun etkisi altında ortaya çıkan Amerikan hukuk sistemi, zaman içerisinde yaşanan gelişmelerle birlikte kendi özgün formatına kavuşmuştur. ABD, genel bir ifade ile belirtmek gerekirse, seçilmişlerin yasama faaliyetlerinden ziyade atanmış² hâkimler tarafından üretilen, içtihadı sıkı sıkıya bağlı bir hukuk sistemine sahiptir. Bunun yanı sıra İngiliz hukuk sisteminden farklı olarak, tarihsel süreçte kaleme alınan yazılı düzenlemelerin de etkili olduğu bir hukuksal yapı mevcuttur.

Çeşitli nedenlerle farklı ülkelerden, farklı milletlerinden gelen göçmenlerden oluşan yeni bir topluluğun uzun süren kanlı mücadelelerinden sonra üretilen, farklı kültürlerin bir arada yaşayabilme olanağına kavuşma kaygısı ile geliştirilen karmaşık bir hukuk sisteminin varlığı söz konusudur. Federal bir çatı altında, ayrı ayrı devletlerden oluşan bir yönetim yapısının gerektirdiği denge, yargısal fonksiyonun mükemmel işletilmesi gerektiğini ortaya çıkarmıştır. Neredeyse her söz sahibi devlet organının seçilmişler tarafından yönetildiği bir toplumun, yargısal yapının çatısını atanmış hâkimlere bırakmış olması ve federal hükümet ile eyaletler arasında yetki

¹ Teknik olarak Amerikan hukukunda hâkimin reddi ya da çekilmesi “recusal” ve “disqualification” kavramları ile ifade edilmiştir. “Recusal” hâkimin kendi kararı ile davadan çekilmesine işaret ederken, “disqualification” belli gerekçelerle taraflardan birinin talebi üzerine hâkimin davaya bakmaktan yasaklanmasını ifade eder. Buna rağmen pratikte bu ayrıma çok fazla önem atfedilmemekte olup, “disqualification” tabiri her iki anlamda da kullanılmaktadır. Bkz: Bryan Garner, “Black’s Law Dictionary”, 9th Edition, West, 2009.

² Amerikan Federal yargı sistemi içerisinde hâkimlerin atama yoluyla göreve getirilmeleri yolu benimsenmiş iken eyalet düzeyinde seçim sistemini benimseyen eyaletler olduğu gibi atama sistemine sahip olanlar da bulunmaktadır. Hatta bazı eyaletlerin karma bir sistem inşa ettikleri belirtilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Outline of the U.S Legal System, <http://www.america.gov/publications/books/outline-of-u.s.-legal-system>, erişim tarihi 14.07.2013 ve ayrıca bkz:

http://www.justiceatstake.org/issues/state_court_issues/election-vs-appointment/, erişim tarihi 14.07.2013.

ve veya özgürlük paylaşımının getirdiği kaygılar, yargının tüm yönlerine yansımıştır. Bu yönlerden biriside, uyuşmazlıklarda son söz sahibi atanmış hâkimlerin, bağımsız ve tarafsızlığının en iyi şekilde sağlanmasına ilişkin düzenlemelerdir.

Gerçekten, Amerika'da yargıya olan güvenin önemli nedenlerinden birisi de, hâkimlerin bağımsız ve tarafsız olarak görev yaptıklarına olan inançtır. Gerek yargısal içtihatlar, gerekse yasal düzenlemeler, hâkimler üzerinde yargılama faaliyeti sırasında oluşabilecek her türlü etkinin izale edilmesine yönelik çabaların ürünüdür. Bu bağlamda, şüpheli hallerin varlığı dahi hâkimi davaya bakmaktan alıkoymaktadır.

Bu çalışmada amaç, Amerika'da yargıya olan pozitif yaklaşımın temel sebeplerinden birisi olan tarafsız bir hâkim profiline oluşmasına katkı sağlayan, hâkimin davaya bakmasının mümkün olmadığı hallerin ortaya konulabilmesidir. Çalışmada, federal hâkimlere ilişkin durum yansıtılacaktır. Bu kapsamdaki bir çalışmada, genel itibariyle paralel olmakla birlikte, birbirinden göz ardı edilemeyecek oranda farklı düzenlemelere sahip olan elli ayrı eyaletin/devletin yargısal durumunun gereği gibi yansıtılmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir.

I - HÂKİMİN REDDİ VE ÇEKİLMESİ HALLERİNE İLİŞKİN TARİHSEL ARKAPLANA KISA BİR BAKIŞ

Hâkimlerin davalara bakmalarının yasak olduğu hallere ilişkin ilk düzenleme 1792 yılında yapılmıştır. Bu düzenleme, zaman içinde değiştirilerek ve ortaya çıkan yeni uyuşmazlıklara ilişkin olarak verilen yargı kararları ile geliştirilerek günümüzdeki halini almıştır. Yapılan son kodifikasyon ile bu düzenlemeye Federal Kanunların 28. başlığının 455. kısmında yer verilmiştir.³ Başlangıçta İngiliz içtihat hukukunun etkisiyle hâkimlerin dava bakmamasının gerekçesi olarak sadece parasal bir menfaatin varlığı aranmaktaydı. 1792 yılında kabul edilen yasa ile İngiliz içtihat hukuku yapısında değişikliğe gidilerek hâkimin davaya bakamayacağı hallere kişisel olarak iş ilişkisine⁴ girdiği birinin taraf olduğu davalar da eklenmiştir. Bu

³ Yasa'nın güncel metni için bkz: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/455> erişim tarihi: 19.03.2013.

⁴ İngiltere ve Amerika hukuk sistemlerinde hâkimler seçimle ya da atanma yoluyla avukatlar arasından seçildiğinden, özellikle nüfusu az olan yerleşim birimlerinde, *YUHFD Vol. X No. 2 (2013)*

kanun 1821 yılında genişletilerek, hâkimin taraflardan biriyle akrabalık ilişkisinin bulunduğu davalara da bakamayacağı kuralı getirilmiştir.⁵

1891 yılında kabul edilen düzenleme ile hâkimin ilk derece mahkemesinde baktığı davaların temyiz aşamalarında görev alması yasaklanmıştır.⁶ 1911 yılına gelindiğinde ise hâkiminin şahit olarak bulunması gereken davalarda, aynı zamanda hâkim olarak görev yapamayacağı kuralı getirilmiştir. Aynı yıl kongre yeni bir kanun çıkararak⁷, hâkimin tarafların lehinde ya da aleyhinde önyargı taşıdığı kanaatine varan tarafın, hâkimin davadan çekilmesini talep etmek için başvuruda bulunabileceği öngörülmüştür.⁸

1900'lü yılların ortalarına doğru, 455 nolu kısım genişletilerek, yalnızca taraflar ile akrabalık ilişkisi içinde bulunmak değil; aynı zamanda, tarafların avukatları ile akrabalık ilişkisi bulunması da hâkimlerin davaya bakmaktan yasaklanmasını gerektiren haller arasında sayılmıştır. Tarihsel süreçte, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin, tarafların, hâkimlerin davada tarafsız olmadıklarına ilişkin yaptıkları yeminli beyanlar üzerine hâkimlerin kendiliğinden çekilmeleri gerektiğine yönelik hukuksal yorumu yerine, federal temyiz mahkemelerinin, hâkimin reddi veya davadan çekilmesi hallerinde, geçerli bir neden öne sürülmediği durumlarda hâkimlerin davayı görmeye devam etmeleri gerektiği yolundaki yorumu benimsemiştir.⁹

hâkimlerin avukatlık yaptıkları dönemlerden süregelen ilişkilerinin varlığı böyle bir düzenlemeye yol açmıştır.

⁵ Sande L. Buhai, Federal Judicial Disqualification: A Behavioral and Quantitative Analysis, 90 Oregon Law Review 69, 2011, s. 76.

⁶ Sande L. Buhai, a.g.e., s. 77.

⁷ Bu düzenleme, daha sonra Federal Kanunların 28. Başlığına 144. bölümü altında kodife edilmiştir. <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title28/USCODE-2011-title28-partI-chap21-sec455/content-detail.html> ve ayrıca bkz:

<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/144> erişim tarihi: 15.03.2013.

⁸ Ellen M. Martin, Disqualification of Federal Judges for Bias Under 28 U.S.C. Section 144 and Revised Section 455, 45 Fordham L. Rev.139, 1976, s. 140, 141.

⁹ Richard E. Flamm, History of and Problems with the Federal Judicial Disqualification Framework, 58 Drake L. Rev. 751, s. 756 ayrıca bkz: United States v. Edwards, 334 F.2d 360(5th Cir. 1964) ve Laird v. Tatum 409 U.S. 824, 837 (1972).

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

1973 yılında, Amerika Birleşik Devletleri Yargı Birliği¹⁰ hâkimler için yargısal davranış kuralları adı altında bir düzenlemeyi kabul etmiştir. Bu düzenlemede hâkimin tarafsızlığının ciddi bir şekilde sorgulandığı hal-ler olarak: hâkimin taraflardan biriyle ilgili mevcut bir önyargısının olması, geçmişte avukatı olarak görev yapmış olması, görülmekte olan davaya ilişkin bir menfaatinin bulunması ya da taraflar veya onların avukatları ile akrabalık ilişkisinin bulunması sayılmış ve yine aynı kısımda, hâkimin çekilmesi nedenlerinin yukarıda sayılan gerekçelerle sınırlandırılmayacağı da belirtilmiştir. 1974 yılına gelindiğinde Birlik tarafından kabul edilen söz konusu ilkeler bir kısım değişikliklerle birlikte Kongre tarafından kabul edilerek 455 nolu kısımda nihai halini almıştır.¹¹

II - POZİTİF HUKUKTAKİ GENEL DÜZENLEMELER

1. Genel Çerçeve

Amerikan hukuk sisteminde hâkimlerin reddine ve çekilmelerine ilişkin iki temel düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeler federal kanunların kodifiye edilmesi yoluyla oluşturulan federal kodifikasyonun 28. başlığının 144. ve 455. kısımları içerisinde yer almıştır. Bu iki temel düzenlemeye ek olarak aynı başlığın 47. ve 2106. kısımlarında temyiz mahkemesi hâkimlerinin reddi ve çekilmesine yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. 47. ve 2106. kısımlarda ilk derece hâkimi olarak bakılan bir davanın aynı hâkim tarafından temyiz aşamasında ele alınması yasaklanmaktadır. Hâkimin reddi ve çekilmesi kurumun temel dayanağı kodifikasyonun 455. ve 144 kısımları ile *due process clause* olarak ifade edilen anayasal ilke olduğundan, bu çalışmada, ilk derece hâkimi olarak bakılan bir davanın aynı hâkim tarafından temyiz aşamasında ele alınmasını yasaklayan mevzuatın 47. ve 2106. kısımlarına ayrıca değinilmeyecektir.

¹⁰ Bu birlik 1922 yılında Amerikan Kongresi tarafından, "Temyiz Mahkemesi Hâkimleri Birliği" adıyla kurulması öngörülmüştür. Bu birliğin temel görevi Amerikan federal mahkemelerinin yönetimine ilişkin konularda temel ilkeleri oluşturmaktır. 1948 yılına gelindiğinde Kongre tarafından bu birliğin adı Amerika Birleşik Devletleri Yargısal Birliği olarak değiştirilmiş ve federal kanun kodifikasyonunun 28. başlığının 331. kısmında düzenlenmiştir. Daha sonra federal yerel mahkeme hâkimleri de bu birliğe dahil edilmiştir. <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/JudicialConference.aspx> erişim tarihi: 23.02.2013

¹¹ Richard E. Flamm, a.g.e.,s. 758

2. 144'üncü Kısımda Düzenlenen Hususlar

Toplam iki paragraftan oluşan 144. kısmın ilk paragrafında; taraflardan birinin yazılı başvurusu ile, ilk derece mahkemesinde yargılamanın herhangi bir safhasında, davaya bakmakta olan hâkimin başvuran taraf hakkında olumsuz bir yargıya yahut karşıt taraf hakkında olumlu bir kanaate/yargıya sahip olduğuna ilişkin kanaat oluşması halinde ilgili hâkimin yerine davaya devam etmek üzere başka bir hâkim atanacağı hususu düzenlenmiştir.¹²

Söz konusu kısmın ikinci paragrafında ise; başvuran tarafından yapılacak beyanda, başvuruya temel teşkil eden olaylar ve gerekçelerin yer alması gerektiği, bu başvurunun gelecek duruşmadan en az on gün önce yapılması ya da söz konusu zaman diliminde başvurulamaması halinde, buna mazeret teşkil edecek geçerli bir nedenin sunulması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca söz konusu tarafın, bu yola bir kez başvurabileceği ve başvuruya temel teşkil eden beyanın ilgili tarafın avukatı tarafından, söz konusu başvurunun iyi niyetle yapıldığının yazılı olarak beyan edilmesi gerektiği hükümlerine yer verilmiştir.¹³

Yukarıda yer alan hükümlerden anlaşılacağı üzere, hâkimin reddini düzenleyen bu madde yalnızca federal ilk derece mahkemelerinde görev yapan hâkimleri kapsamaktadır. İlerde daha ayrıntılı değinileceği üzere, Kodifikasyonun 28. Bölümünün 455. Kısımında yer alan düzenleme ise her seviyedeki mahkeme hâkimlerini kapsamaktadır.

Uygulamada, mahkemeler madde metninde geçen süre şartına, birden fazla başvuru yasağına, söz konusu başvuru ekinde avukat beyanına ilişkin yazılı belge bulunması şartına ve iyiniyet şartına uygun hareket edilmemesi nedeniyle talepleri reddetmektedir.¹⁴

Profesör Charles Geyh uygulamada 144. kısım ile getirilen düzenlemenin etkin çalışmadığı, hantal bir yapıya işaret ettiği, bu madde ile getiri-

¹² Madde metni için bkz: 28 U.S.C. & 144 <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/144> ve ayrıca bkz: <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title28/USCODE-2011-title28-partI-chap21-sec455/content-detail.html> erişim tarihi: 16.03.2013.

¹³ 28 U.S.C. & 144.

¹⁴ United States v. Barnes, 909 F.2nd 1059, 1072 (7th Cir. 1990); United States v. Balistreri, 779 F.2nd 1191, 1200 (7th Cir. 1985); United States v. Hoffa, 382 F.2nd 856, 860 (6th Cir. 1967) aktaran Charles Gardner Geyh, Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law, Second Edition, Federal Judicial Center Publication, p. 84.

len hâkimin ön yargılı olduğunun açık ve net olarak ortaya konulmasının çok güç olduğu; buna karşın 455 kısmın daha etkin olduğu, 144. kısımda yer alan düzenlemede, hâkimin herhangi bir başvuru olmaksızın kendiliğinden harekete geçmesi gerekliliğine rağmen, 455. Madde de yer alan düzenlemenin çok daha etkin olduğu, hâkimin çekilme şartlarının açıkça düzenlendiği, 144. Kısımın aksine hâkimin tarafsız görünmesinin yeterli olduğu, tarafsızlığının açıkça ispat edilmesinin gerekmediği hususlarına vurgu yapmaktadır.¹⁵

Her ne kadar 144. Kısımda hâkimin reddi için taraflar hakkında ön yargısı bulunması gerektiği ifade edilmiş ise de, uygulamada mahkemelerce, bu hükmün taraf avukatlarına karşı olan ön yargıyı da kapsadığı ortaya konulmuştur.¹⁶ Görülmekte olan bir davada, davacı avukatının, söz konusu davanın eyalet mahkemesi yerine federal mahkemede görülmesi sayesinde daha iyi bir hâkime sahip olduklarına yönelik ifadelerin yer aldığı yazılı bir kağıdın, bir şekilde diğer tarafın avukatının eline geçtiği ve buna dayanarak hâkimin reddini talep ettiği davaya ilişkin olarak temyiz mahkemesi, böylesi bir durumun hâkimin reddini gerektirmeyeceği hükmüne varmıştır.¹⁷

3. 455'inci Kısımda Düzenlenen Hususlar

Hâkimlerin davaya bakamayacağı hallere ilişkin en kapsamlı düzenlemeler Federal Kanunlar Kodifikasyonu'nun, 28. bölümünün 455. kısmında 6 başlık halinde yer almaktadır. Bu kısmın (a) fıkrasında; bir yüksek mahkeme hâkiminin ya da ilk derece mahkemesi hâkiminin tarafsızlığında makul bir şüphe bulunan hallerde davadan çekilmesi gerektiği genel bir ifade ile belirtildikten sonra (b) fıkrasında hâkimin hangi koşullarda davadan çekilmesi gerektiği sayma yolu ile ortaya konulmuştur.¹⁸ Bunlar:

1- Hâkimin taraflardan biri lehinde ya da aleyhinde önyargı sahibi olması, dava sürecinde tartışmalı ve temel delillere ilişkin kişisel bir bilgisinin bulunması,

¹⁵ Charles Gardner Geyh, a.g.e., s. 84.

¹⁶ United States v. Jacobs, 855 F.2d 652, 656 n.2 (9th Cir. 1988).

¹⁷ Sullivan v. Conway 157 F.3d 1092 (7th Cir. 1998).

¹⁸ Madde metni için bkz: 28 USC § 455 - Disqualification of justice, judge, or magistrate judge <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/455> erişim tarihi: 14.07.2013.

Amerikan hukuk sistemi çekişmeli (*adversarial*) yargılama sistemi üzerine inşa edilmiştir. Bu sistemde, hâkimin rolü hakeme yakındır. Doğrudan olayların araştırılması çabası içerisine girmez, tarafların getirdiği ve çizdiği çerçeve içerisinde kalır. Tarafların getirdiğinden fazlasını bilemesi düşünülemez. Örneğin trafik kazası olayında, trafik ışığının, kaza anında kırmızı veya yeşil olduğunu diyebilecek tanıklığı varsa o hâkim bu davaya bakamaz. Hâkim sadece kendisine intikal eden davada söylenenlere bakabilir.

Mann v. Thalacker davasında, taciz suçundan yargılanan sanık, hâkimin geçmişde benzer bir olay nedeniyle mağdur olduğunu, bu nedenle kendisine karşı ön yargısı olduğunu ileri sürerek hâkimin reddini talep etmiştir. Ancak Mahkeme, hâkimin başka bir olay nedeniyle kişisel bir tecrübesinin bulunmasının, hâkimin açıkça ön yargılı olduğunu göstermeyeceği kanaatine vararak talebi reddetmiştir.¹⁹

2- uyumsuzluk konusu olaya ilişkin kendisi ya da hâkimlik mesleğine girmeden önce birlikte çalıştığı kişi daha önce avukat olarak görev yapmış ise ya da bunlardan herhangi biri, hâkim ya da avukat, olayın aydınlatılmasında tanık olarak dinlenebilecekse,

Amerika'da hâkimler, avukatlık mesleği yapanlar arasından seçildiklerinden ya da atandıklarından dolayı, uzun süren boşanma ve mal varlığına ilişkin davalarda yahut ceza davalarında, vaktiyle avukat olarak görev yapmış ya da aynı davada başka bir avukat ile ortak dava takip etmiş olması haline yönelik bir düzenlemeye yer verilerek, hâkimin tarafsızlığını etkileyebilecek bir iş ilişkisinin hâkimin reddini gerektirdiği ifade edilmiştir.

3- Uyumsuzluk konusu olaya ilişkin olarak, hâkimin daha önceden kamu çalışanı olarak danışmanlık yapmış olması yahut bu süreçte açıkça fikrini ortaya koymuş olması,

Daha çok idare hukuku alanında ortaya çıkan uyumsuzluklara yönelik bir düzenleme olarak görülmektedir. U.S. v. Di Pasquale davasında, federal yüksek mahkeme bir hâkimin uyumsuzluk konusu olaya ilişkin olarak doğrudan bir etkileşimde bulunulması gerektiğini, sadece kamu görevlisi olarak ilgili birimde çalışmış olmanın, 455. kısma göre hâkimin reddini

¹⁹ Mann v. Thalacker, 246 F.3d 1092 (8th Cir. 2001) <http://caselaw.findlaw.com/us-8th-circuit/1375291.html> erişim tarihi 18.06.2013.

gerektirmeyeceğini vurgulamıştır.²⁰ U.S. v. Champlin davasında ise yüksek mahkeme, savcı olarak görev yaptıktan sonra hâkim olarak atanan bir yargıçın, eski iş arkadaşlarının savcı olarak baktıkları işler hakkında karar vermesinde herhangi bir sakınca görmemiştir.²¹ Diğer taraftan, hâkimin savcı olarak görev yaptığı dönemde mevcut davaya ilişkin hazırlık ve soruşturma aşamalarında yer almasının hâkimin reddi gerekçesi olduğunu belirtmiş ve hâkimin önceki görevinden dolayı davadan uzaklaştırılabilmesi için mevcut dosyaya aktif ve kişisel katılımının bulunması gerektiğini vurgulamıştır.²² Ancak, bir dizi soruşturmayı yürüten savcılık ofisinin başı olarak davaya aktif ya da kişisel katılımı bulunmamasına rağmen geçmişte savcılık yapan bir hâkimin davadan çekilmesi gerektiği yüksek mahkemeye karara bağlanmakla beraber, aktif katılım şartının yalnızca savcılar için aranmayacağı, diğer kamu kurumlarında çalışan avukatların aynı zamanda aktif ve kişisel katılımları durumunda davaya bakamayacakları vurgulanmıştır.²³ Başka bir kararında ise mahkeme, geçmişte federal yönetici olarak görev yapan bir hâkimin politika ürettiği ve yönetime tavsiyelerde bulunduğu genel bir politikayla ilgili davalarda çekilmek zorunda olmadığı ve bu davalara bakabileceği yolunda karar vermiştir.²⁴

Federal Yüksek Mahkeme, John A. Liljeberg V. Health Services Acquisition Corp davasında, Loyola Üniversitesi'nin hastane inşaatı için birlikte çalıştığı iş ortaklığı ile ilgili bir davada, üniversitenin mütevelli heyetinde yer alan ve heyet toplantılarına düzenli katılan ilk derece mahkemesi hâkiminin, söz konusu davadan çekilmemesini hukuka aykırı bulmuştur.²⁵ Bu davada, mahkeme özellikle hâkimin gerçekten tarafsız olmasının yanısıra tarafsız olarak görünmesi gerektiğine de vurgu yapmıştır. Esasen, ilk derece mahkemesi hâkiminin, ilgili üniversitenin mütevelli heyetinde yer alıyor olması, tek başına, hâkimin tarafsız olmadığı, davaya

²⁰ U.S. v. Di Pasquale, 864 F.2d 271, 110 A.L.R. Fed. 669 (3d Cir. 1988).

²¹ U.S. v. Champlin, 388 F. Supp. 2d 1177 (D. Haw. 2005).

²² U.S. v. Gipson, 835 F.2d 1323 (10th Cir. 1988).

²³ U.S. v. Arnpriester, 37 F.3d 466 (9th Cir. 1994).

²⁴ Baker & Hostetler LLP v. U.S. Dept. of Commerce, 471 F.3d 1355, 34 A.L.R. Fed. 2d 813 (D.C. Cir. 2006).

²⁵ John A. Liljeberg V. Health Services Acquisition Corp Supreme Court of the United States 108 S.Ct. 2194.

ön yargılı yaklaştığı anlamına gelmemekle birlikte, hâkimin böyle bir kararının oluşmasına neden olacağı, daha açık bir ifade ile hâkimin taraflı “görüneceği” düşüncesi hâkimin çekilmesi için yeter bir neden olarak görülmektedir. Buradaki düşüncenin altında yatan gerekçe, söz konusu davanın taraflarına adil bir yargılama sunmaktan öte, topluma yargıya güvenebileceği ya da güvenmesi gerektiği mesajını vermektir. Federal temyiz mahkemesi iki ayrı davada aynı hususu başka bir dille ifade etmiştir. Mahkeme; yalnızca davanın tarafının adalete kavuşmasının yetmeyeceği, söz konusu tarafın, adalete kavuştuğuna bizatihi inanması gerektiğini belirtmiştir.²⁶

4- *Hâkimin, eşinin veya birlikte yaşadığı küçük çocuğunun uyumsuzluk konusu olaya ilişkin maddi menfaati bulunması, taraf olması ya da davanın sonucuna dayalı bir menfaatlerinin bulunması,*

United States v. Will davasında, Federal Yüksek Mahkeme, federal hâkimlerin maaşlarına ilişkin artışlarda dahil olmak üzere federal kamu görevlilerinin maaşlarındaki artışı durdurmaya yönelik Kongre düzenlemesine karşı açılan davada, *zorunluluk kurulu*²⁷ gereği, hâkimlerin bu davadan çekilmelerinin mümkün olmadığına karar vermiştir.²⁸

5- *Hâkimin ve eşinin üçüncü dereceye kadar akrabalarının ve bunların eşlerinin, davanın tarafı olması yahut taraflardan birinin çalışanı, yöneticisi veya işvereni olması; bunlardan birinin davada avukat olarak görev alması; bunlardan birinin davanın sonucundan menfaat elde edeceğinin hâkim tarafından bilinmesi; son olarak bunlardan birinin davada sonucu etkileyebilecek bir şahit olduğunun hâkim tarafından öngörülmesi.*

Yine 455. kısmın (c) fıkrasında ise, hâkim kendi kişisel ve eşinin ve birlikte yaşadığı küçük çocuğunun maddi çıkarlarını bilmeli, eşi ve birlikte yaşadığı çocuklarının maddi çıkarlarını öğrenme konusunda kayda değer bir çaba göstermelidir.

²⁶ Taylor v. O’Grady, 888 F.2d. 1189 (7th circuit 1989) ve Pfizer Inc. v. Lord, 456 F.2d 532 (8th Cir. 1972).

²⁷ Temelleri İngiliz Hukukuna dayanan zorunluluk kuralı (the rule of necessity), karar almanın imkansız olacağı hallerde hâkimlerin davadan çekilmemeleri gerektiğine vurgu yapmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Thomas McKevitt, The Rule of Necessity: Is Judicial Non-Disqualification Really Necessary, 24 Hofstra L. Rev. 817 (1995-1996).

²⁸ United States v. Will, 449 U.S 200 (1980) aktaran, Charles Gardner Geyh, a.g.e., s. 13.

Diğer taraftan, yukarıda yer verilen kimi kavramlar (maddi menfaat, akrabalık ilişkisi v.s) yine aynı kısmın (d) fıkrasında şüpheye yer bırakmayacak şekilde tanımlanmış ve ilgili kanunlara atıflar yapılmıştır.

455. kısımda hâkimin reddini gerektiren hallerden (a) kısmında sözü edilen durumun varlığı halinde tarafların hâkimin reddi müessesinden feragat edebilecekleri düzenlenmişken, (b) fıkrasında yer alan hallerde böyle bir feragat hakkı bulunmamaktadır.²⁹

Aynı kısmın (f) bendinde ise, hâkim dava başlangıcında bulunmayan bir menfaate ilerleyen süreçte sahip olması halinde, hâkim o menfaatten vazgeçip davaya devam edebileceği gibi davadan da çekilebilir. Burada hâkimin sonradan ortaya çıkan bir menfaatine dayalı olarak davadan hemen çekilmesi yerine menfaatini terk edebileceğine yönelik bir alternatifin temel gerekçesinin, davanın belirli bir safhasına kadar söz konusu hâkimin önemli oranda zaman ve emek harcamış olması halinin dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Zira madde metninde önemli oranda zaman harcamak ifadesine vurgu yapıldığı görülmektedir.³⁰ Kidder, Peabody Co. v. Maxus Energy Corp. davasında, hâkim, taraflardan birisinin şirketine, kendisinin hisse sahibi olduğu şirketin önemli oranda pay sahibi olduğunu bilmediğinde 3 yıl boyunca davayı yönetmiş ancak üçüncü yıl öğrenmesi üzerine şirketteki hisselerini satmış ve davaya devam etmiştir. Üst mahkeme bu davada, hâkimin 3 yıl emek harcadığı ve ortaklıktan haberi olur olmaz hisselerini sattığını gerekçe göstererek, hâkimin davadan çekilmemesinin yerinde olduğuna karar vermiştir.³¹

Temel düzenleme olan 144. ve 455. kısımlar benzer durumları düzenlemekle birlikte aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Sadece hâkimlerin önyargılı tutumlarına ilişkin hususlara yer veren 144. kısma kıyasla daha geniş düzenlemelerin yer aldığı 455. kısım hâkimlerin taraflara yönelik önyargılı olma hallerinin yanı sıra akrabalık ve iş ilişkisi gibi hususlar ile gerçekte bu tür ilişkiler olmasa dahi bu ilişkilerin var olduğu zannını uyandıran, başka bir ifadeyle hâkimin taraflı görünmesine neden olan durumları düzenlemiştir. 144. kısımda, hâkimin çekilmesi taraflardan

²⁹28 USC § 455 (e).

³⁰28 USC § 455 (f).

³¹Kidder, Peabody Co. v. Maxus Energy Corp, 925 F.2nd 556 (2nd Cir. 1991) aktaran Charles Gardner Geyh, a.g.e., s. 65.

birinin başvurusuna bağlanmışken, 455. kısımda tarafların başvurusunun yanında hâkimin kendiliğinden davadan çekilmesi de düzenlenmiştir. Diğer taraftan, 144. kısımda yer alan hükümler sadece ilk derece mahkemesi hâkimlerini kapsamaktayken, 455. kısımdaki hükümler ilk derece mahkemesi hâkimlerinin yanı sıra yüksek mahkeme hâkimlerini de kapsamaktadır.

4. Due Process Clause İhlali

*Due Process Clause*³² Amerikan Anayasasının, *Haklar Bildirgesi (Bill of Rights)* diye ifade edilerek Anayasaya eklenen on adet değişikliğin 5'inci ve sonradan eklenen 14'üncü kısmında yer bulan, hiç kimsenin yaşamının, özgürlüğünün ve mal varlığının gerekli hukuki süreç takip edilmeksizin elinden alınamayacağını düzenleyen oldukça geniş kapsamlı yorumları bulunan bir düzenlemeye işaret etmektedir.³³ Bu düzenleme, devletin doğrudan bireyleri ilgilendiren/etkileyen eylem ve işlemlerinde hukukun dışına çıkması halinde, bu eylem ve işlemlerin hukuka aykırı olduğunu ortaya koyarken dayandıkları temel gerekçe olarak bir çok davada karşımıza çıkmaktadır. Bu dava türlerinden birisi de hâkimin reddine ilişkin süreçleri içeren davalardır. Adil yargılanma hakkı, *due process clause*' un önemli bir parçasıdır. Konuya açıklık getirmek bakımında, bu alanda önemli davalardan birisi olan *Caperton v. A.T. Massey Coal Co.* davasına değinmek yerinde olacaktır.³⁴

Amerikan'ın Batı Virjinya/ West Virginia eyaletinde Yüksek Mahkeme hâkimleri halk tarafından seçilmektedir. Bu seçimlere katılan hâkimler, seçim kampanyaları düzenlemekte ve söz konusu kampanyaların finansmanı için oluşturulan komiteler aracılığıyla bağışlar toplamaktadır.

³² Due Process Clause, Amerikan Anayasa hukukunun temel alanlarından birisidir. Bu nedenle, Amerikan Anayasası ile ilgili her çalışmada bu kavramın yer aldığını ifade etmek hatalı olmayacaktır. Amerikan Anayasa hukuku alanına ve söz konusu kavrama ilişkin detaylı bilgilere ulaşmak için bkz: Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Third Edition, Aspen Publishers, Wolters Kluwer, New York, 2009.

³³ Amerikan Anayasasının tam metni için bkz:

<http://www.law.cornell.edu/constitution/overview> erişim tarihi: 16.07.2013.

³⁴ *Caperton Et Al. v. A. T. Massey Coal Co., Inc.*, United States Supreme Court 129 S. Ct. 2252 (2009) <http://www.supremecourt.gov/opinions/08pdf/08-22.pdf> erişim tarihi: 16.07.2013.

Caperton davasına temel teşkil eden olay, bu kampanyaya katılan adaylardan birisine, özel bir şirket tarafından 3 milyon dolar yardım yapılmasıdır. Bu miktar diğer bağış sahiplerinin yaptığı toplam bağış miktarının üzerindedir. Halihazırda, söz konusu şirket ile ilgili bir yargılama da alt derece mahkemesinde devam etmektedir. Yapılan seçim sonucunda, söz konusu şirketin desteklediği Cumhuriyetçi Partili aday Yüksek Mahkeme hâkimliğine seçilmiştir. Daha sonra ilgili şirketin davası Yüksek Mahkeme önüne geldiğinde, diğer taraf söz konusu hâkimin reddini talep etmiş ise de bu talep söz konusu hâkim tarafından reddedilmiştir. Anılan hâkim aynı zamanda Yüksek Mahkeme Başkanı olarak görev yapmaktaydı.³⁵

Bu süreçte, karşı taraf, Anayasa ile garanti altına alınan ve *Due Process Clause* dan kaynaklanan adil yargılanma haklarının ellerinden alındığı iddiası ile hâkimin reddine ilişkin talebin Federal Yüksek Mahkemeye taşınmasını sağlamıştır. Federal Mahkeme, gerek hâkime yapılan bağış tutarının oransal durumu ile davanın mahiyeti gereği hâkimin reddi gerektiği kanaatine ulaşmıştır. Verilen kararda, hâkimin tarafsız olmadığına dair somut deliller bulunmasa bile tarafsız olamayabileceği görüntüsünün varlığı, hâkimin reddi için yeterli bulunmuş ve söz konusu hâkimin katıldığı yargılamada *Due Process Clause* ile garanti altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Böylece, Amerikan hukukunda, hâkimin reddine ve çekilmesine ilişkin düzenlemelerin sadece kodifikasyonun 28. Bölümünün 144 ve 455 inci kısımlarında yer almadığı, bizzat Anayasa'nın kendisinden kaynaklanan adil yargılanma hakkının bir parçası olduğu görülmektedir. Pozitif hukukta hâkimin reddini ve çekilmesini düzenleyen bir kanun hükmü olmasa bile, yargılama faaliyetinin doğası gereği, böyle bir müessesenin varlığı kabul edilmelidir.

III. HÂKİMİN REDDİ VE ÇEKİLMESİNE İLİŞKİN BAZI RAKAMLAR, SORUNLAR VE ÇÖZÜM ARAYIŞLARI

Los Angeles Loyola Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden Profesör Sande L. Buhai'nin yürüttüğü araştırma kapsamında elde edilen veriler, sınırlı da

³⁵ Batı Virjinya ve diğer eyaletlerdeki hâkimlerin seçim metotlarına ilişkin ayrıca bkz: http://www.judicialselection.us/judicial_selection/index.cfm?state=WV erişim tarihi: 16.07.2013.

olsa Amerika'da hâkimin reddini içeren dava sayılarına ilişkin kabaca bir fikir verebilir.³⁶

Araştırma, Lexis ve Westlaw veri tabanları üzerinde 1980 ile 2007 yılları arasında, "red, çekilme, 144 ve 455. Kısımlar" şeklinde kelimeler kodlanmak suretiyle ulaşılan, ilk derece federal mahkemelerinin hâkimin reddi taleplerinin reddine ilişkin kararlarına yapılan itirazlar üzerine, temyiz mahkemeleri tarafından verilen kararları içermektedir. Buna göre elde edilen 1080³⁷ davanın, 952' sinde verilen hâkimin reddine ilişkin talebin reddine yönelik karar temyiz mahkemsince onanmış, 88'i doğrudan bozulmuş ve 40 adeti yeniden görüşülmek üzere iade edilmiştir. Bu davaların 575 adedi ceza davasıdır. 1080 dava içerisinde, hâkimin reddi iddiasına dayanak teşkil eden konular arasında; hâkimin taraflar hakkında ön yargısı, taraflar ile mesleki ilişki ve davanın tarafı ve deliller hakkında hâkimin bilgi sahibi olması gibi hususlar ağırlık taşımaktadır.³⁸

Hâkimlerin bir çok eyalette seçimle iş başına geliyor olması, bir taraftan yargının meşruiyet ve hesap verebilirlik bakımından daha fazla güven kazanmasına neden olmaktadır, diğer taraftan seçim sürecinde yaşananlar ve politik çekişmeler, toplumda oluşan yargıya güven duygusunu zedelemektedir. Gerek seçim sürecinde, adayların hâkimlik mesleği bakımından yeterliliklerinden ziyade politik duruşlarının seçim kampanyalarının merkezine yerleşmesi, gerekse seçim kampanyasının finansmanında toplanan bağışların yani seçimin maddi boyutlarının önplana taşınması, kamusal tepkilere ve güven kaybına neden olmaktadır.³⁹

Konumuz açısından değerlendirildiğinde, genel anlamda hâkimin seçim sürecinde sergilediği politik duruşu ve yaptığı beyanatlar daha sonra kendisinin bakmakta olduğu davanın konusu ve tarafalarından kayaklanan taraflı olduğu iddiası ile sık sık karşılaşmasına neden olmaktadır. Diğer

³⁶ Sande L. Buhai, a.g.e., s. 98-109.

³⁷ Yalnızca 2007 yılı için temyiz mahkemelerindeki toplam dava sayısı 57.000 civarındadır.

<http://www.uscourts.gov/Statistics/JudicialBusiness/2012/us-courts-of-appeals.aspx>
erişim tarihi: 18.07.2013.

³⁸ Sande L. Buhai, a.g.e., s. 99, 104, 105.

³⁹ Deborah Goldberg; James Sample; David Pozen, The Best Defence: Why Elected Courts Should Lead Recusal Reform, Spring, 2007, 46 Washburn L.J. 503 s. 1, 2.

yandan, seçim kampanyası boyunca toplanan bağışların kaynağı meslek yaşamı boyunca daima karşısına çıkabilecek potansiyele sahiptir. En güzel örneklerden bir tanesinde, yukarıda yer verilen Caperton v. A.T. Massey Coal Co davasında hâkimin karşı karşıya kaldığı durumdur. Belli bir noktadan sonra hâkimin taraflar hakkında gerçekten bir ön yargısının bulunup bulunmamasının bir önemi kalmamakta, ön yargılı olabileceği yönünde mantıklı gerekçelerin varlığı yeterli olabilmektedir.

Bu açıdan bakıldığında, hâkimlerin seçimle iş başına gelmeleri Amerikan Hukuk sisteminin temel sıkıntılarından birisi haline gelmektedir. Her ne kadar Federal hâkimler atama yoluyla işbaşına getiriliyor olsalar bile daha önce eyalet mahkemelerinde görev yapıp sonra federal mahkemeye geçmeleri söz konusu olduğunda, bu sorunlar yine karşımıza çıkmaktadır.⁴⁰

Hâkimin reddine ilişkin uygulamada mevcut sorunlar bir kaç başlık halinde belirtilebilir.⁴¹ Ret müessesesine ilişkin olarak ilk problemin, hâkimin reddine ilişkin taleplerin reddine dair kararların gerekçesiz yazılıyor olması olarak ifade edilmektedir.⁴² Bir diğer sorun, ret talebine ilişkin işlemlerin önemli oranda masraf ihtiva ediyor olması ve ayrıca hâkimin reddini talep etmek suretiyle hâkim ile olan ilişkilerin bozulması endişesinin avukatlarca taşınmasıdır. Hâkimin reddi taleplerine dair izlenecek usule ilişkin mevzuatın bulunmaması ve yapılan ret talebine, karşı tarafın redde muhalefetini ortaya koymasının zorluğu da diğer nedenler arasında sayılmaktadır. Sonucu ve en önemli problem olarak hâkimin reddi taleplerinin yine bizzatihi reddi talep edilen hâkim tarafından karara bağlanıyor olması belirtilmektedir.⁴³

2011 yılında, Amerikan Barolar Birliği tarafından yapılan çalışma sonucunda, hâkimin reddi kurumuna dair bir dizi çözüm önerisinin yer

⁴⁰ Peter D. Webster, Selection And Retention Of Judges: Is There One "Best" Method?, Florida State University Law Review, Fla. St. UL Rev., 1995, s.11, 16-35. Ayrıca bkz: Jona Goldschmidt, Merit Selection: Current Status, Procedures, and Issues; 49 U. Miami L. Rev. 1.

⁴¹ Gabriel D. Serbulea, Due Process and Judicial Disqualification: The need for Reform, 38 PEPP. L. REV.4 2011, s.1140.

⁴² Richard E. Flamm, a.g.e.,s. 760.

⁴³ Gabriel D. Serbulea, a.g.e., s. 1142.

aldığı bir rapor yayımlanmıştır. Bu rapor esas itibariyle, eyalet mahkemelerinde izlenmesi gereken yol ve yöntemlere ışık tutmaktadır. Söz konusu rapor özellikle iki hususa vurgu yapmaktadır. Birincisi, hâkimin reddi talebinin başka bir hâkim tarafından değerlendirilmesi ve verilen karara karşı, davaya ilişkin nihai karar beklenilmeksizin temyiz yoluna başvurulabilmesidir. Diğer husus ise, hâkimlerin seçim kampanyalarından kaynaklanan sorunların çözümüne yönelik, kampanya sırasında bağış yapanların ve miktarların kamuoyuyla paylaşılması ve bu çerivede ortaya çıkan tabloya göre hâkimin spesifik bir davada çekilip çekilmemesinin gerektiğinin değerlendirilmesidir.⁴⁴

Yine Barolar Birliği'nin raporuna dayalı olarak hazırlanan bir çalışmada, temel sorun olarak kabul edilen hâkimin reddi talebinin yine o hâkim tarafından karara bağlanmasının getirdiği kuşkuları gidermek amacıyla, hâkimin reddi talebinin başka bir hâkim tarafından karara bağlanması ya da reddi talep edilen hâkimin verilen dilekçenin süresi ve diğer usule ilişkin incelemeyi yapıp uygun olan taleplerin başka bir hâkime taşınması yahut reddi talep edilen hâkimin bu talebe ilişkin karar vermesi ancak kararın itiraz halinde aynı mahkeme düzeyinde toplanan heyetçe nihai olarak karara bağlanması gibi yöntemlere yer verilmektedir.⁴⁵

Uygulamada karşılaşılan sorunlara çözüm olarak sunulan diğer hususlar arasında, hâkimin reddine ilişkin sürecin maliyetinin azaltılması, zorunlu çekilme müessesesine dair katı kurallar getirilmesi bulunmaktadır. Örneğin seçim kampanyasında belli bir kişiden belli bir oranın üzerinde yardım alınmasının o kişi ya da kurum ile ilgili davalarda otomatik bir çekilme nedeni olarak sayılmasının kural haline getirilmesi. Hâkimin reddiyle ilgili kararların gerekçeli yazılmasında bir sorunun çözümüne bir katkı olarak algılanmaktadır. Mahkemelerde çekilen ve ret istemi kabul edilen

⁴⁴Çözüm metninin tamamı için bkz:

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/2011_am_107.authcheckdam.pdf erişim tarihi: 18.07.2013.

⁴⁵Adam Skaggs and Andrew Silver, Promoting Fair and Impartial Courts through Recusal Reform, Brennan Center for Justice,

<http://www.brennancenter.org/sites/default/files/legacy/Democracy/Promoting%20Fair%20Courts%20through%20Recusal%20-%202015-2011.pdf> erişim tarihi: 18.07.2013.

YÜHFD Cilt: X Sayı: 2 (2013)

hâkimin yerine dosyaya bakacak hâkimlerin atanması konusunda objektif önceden belirlenmiş kuralların bulunması gerekliliği de tartışılmaktadır.⁴⁶

Hâkimlerin reddi ve çekilmesinin iki ayrı düzenlemede (144 ve 455) yer alması da eleştirmekte ve öneri olarak Kongre'nin her iki düzenlemeyi tek çatı altında toplamak suretiyle bu sorunu çözebileceği ifade edilmektedir.⁴⁷

Yine hâkimlerin, kendilerinin farkında olmadan taşıdıkları ön yargıların ortaya çıkarılması ve bertaraf edilmesi noktasında psikoloji ve sosyoloji ağırlıklı eğitime tabi tutulmaları da ortaya konulan görüşler arasındadır.⁴⁸

Son olarak, hâkimin reddi ve çekilmesi alanında tavsiye kararları alabilecek bir kurul yapısının oluşturulması söz konusudur. Danışma kurulu niteliği taşıyacak böyle bir kurumun varlığının, hem hâkimlerin belli durumlarda danışabilecekleri bir mekanizma sunacak olması hemde hâkimler üzerinde bir baskı oluşmasını sağlaması bu sistemin avantajları olarak ortaya konulmaktadır.⁴⁹

SONUÇ

Hâkimin reddi ve çekilmesi, birbiriyle yarışan çok sayıda düşünceyi içeren kavramlar olarak karşımızda durmaktadır. Bir tarafta, hâkimin reddinin kolaylaştırılması yoluyla tarafsız bir yargı arayışına katkı sağlamak düşüncesi diğer tarafta yargılamanın daha da uzaması ve maliyetin artması endişeleri mevcuttur.

Gerek sorunların doğasına, gerekse ortaya konulan kimi çözüm önerilerine bakıldığında, mutlak bir tarafsızlığı yakalamanın mümkün olmadığı kanaati oluşmaktadır. Ancak Eflatun'un idealar kuramında olduğu gibi "mutlak" bir tarafsızlığı idea kabul etmek ve bu ideaya ulaşmak/ulaşmaya çalışmak için çözüm yollarının peşinde koşmak gerektiği tartışmasızdır. Hukuk sistemlerinin temelini bağımsız ve tarafsız bir yargı oluşturmaktadır.

⁴⁶ Gabriel D. Serbulea, a.g.e., s. 1146-1147.

⁴⁷ Richard E. Flamm, a.g.e.,s. 763.

⁴⁸ Gabriel D. Serbulea, a.g.e., s. 1148.

⁴⁹ Gabriel D. Serbulea, a.g.e., s. 1149.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

Bryan Garner, "Black's Law Dictionary", 9th Edition, West, 2009.

Charles Gardner Geyh, *Judicial Disqualification: An Analysis of Federal Law*, Second Edition, Federal Judicial Center Publication, 2010.

Deborah Goldberg; James Sample; David Pozen, *The Best Defence: Why Elected Courts Should Lead Recusal Reform*, Spring, 2007, 46 Washburn L.J. 503.

Ellen M. Martin, *Disqualification of Federal Judges for Bias Under 28 U.S.C. Section 144 and Revised Section 455*, 45 Fordham L. Rev.139, 1976.

Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law*, Third Edition, Aspen Publishers, Wolters Kluwer, New York, 2009.

Gabriel D. Serbulea, *Due Process and Judicial Disqualification: The need for Reform*, 38 PEPP. L. REV.4 2011.

Jona Goldschmidt, *Merit Selection: Current Status, Procedures, and Issues*; 49 U. Miami L. Rev. 1.

Peter D. Webster, *Selection And Retention Of Judges: Is There One "Best" Method?*, Florida State University Law Review, Fla. St. UL Rev., 1995.

Richard E. Flamm, *History of and Problems with the Federal Judicial Disqualification Framework*, 58 Drake L. Rev. 751.

Outline of the U.S Legal System,
<http://www.america.gov/publications/books/outline-of-u.s.-legal-system>.

Sande L. Buhai, *Federal Judicial Disqualification: A Behavirol and Quantitative Analysis*, 90 Oregon Law Review 69, 2011

Thomas McKeivitt, *The Rule of Necessity: Is Judicial Non-Disqualification Really Necessary*, 24 Hofstra L. Rev. 817 (1995-1996)

Yargı Kararları ve İnternet Kaynakları

United States v. Barnes, 909 F.2nd 1059, 1072 (7th Cir. 1990).

United States v. Balistrieri, 779 F.2nd 1191, 1200 (7th Cir. 1985).

United States v. Hoffa, 382 F.2nd 856, 860 (6th Cir. 1967).

United States v. Jacobs, 855 F.2d 652, 656 n.2 (9th Cir. 1988).

Sullivan v. Conway 157 F.3d 1092 (7th Cir. 1998).

Mann v. Thalacker, 246 F.3d 1092 (8th Cir. 2001).

- U.S. v. Di Pasquale, 864 F.2d 271, 110 A.L.R. Fed. 669 (3d Cir. 1988).
- U.S. v. Champlin, 388 F. Supp. 2d 1177 (D. Haw. 2005).
- U.S. v. Gipson, 835 F.2d 1323 (10th Cir. 1988).
- U.S. v. Arnpriester, 37 F.3d 466 (9th Cir. 1994).
- United States v. Edwards, 334 F.2d 360(5th Cir. 1964).
- Laird v. Tatum 409 U.S. 824,837 (1972).
- Baker & Hostetler LLP v. U.S. Dept. of Commerce, 471 F.3d 1355, 34 A.L.R. Fed. 2d 813 (D.C. Cir. 2006).
- John A. Liljeberg V. Health Services Acquisition Corp Supreme Court of the United States 108 S.Ct. 2194.
- Taylor v. O’Grady, 888 F.2d. 1189 (7th circuit 1989).
- Pfizer Inc. v. Lord, 456 F.2d 532 (8th Cir. 1972).
- United States v. Will, 449 U.S 200 (1980).
- Kidder, Peabody Co. v. Maxus Energy Corp, 925 F.2nd 556 (2nd Cir. 1991).
- Caperton Et Al. v . A. T. Massey Coal Co., Inc., United States Supreme Court 129 S. Ct. 2252 (2009).
- http://www.justiceatstake.org/issues/state_court_issues/election-vs-appointmen
- <http://caselaw.findlaw.com/us-8th-circuit/1375291.html> erişim tarihi 18.06.2013.
- <http://www.gpo.gov/fdsys/granule/USCODE-2011-title28/USCODE-2011-title28-partI-chap21-sec455/content-detail.html>
- <http://www.brennancenter.org/sites/default/files/legacy/Democracy/Promoting%20Fair%20Courts%20through%20Recusal%20-%202015-2011.pdf>
- <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/144>
- <http://www.supremecourt.gov/opinions/08pdf/08-22.pdf>
- <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/JudicialConference.aspx>
- <http://www.law.cornell.edu/constitution/overview>
- http://www.judicialselection.us/judicial_selection/index.cfm?state=WV
- <http://www.uscourts.gov/Statistics/JudicialBusiness/2012/us-courts-of-appeals.aspx>

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/2011_am_107.authcheckdam.pdf



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ 26 AĞUSTOS YERLEŞİMİ

Kayışdağı Caddesi, 34755 Kayışdağı / İstanbul

Santral: (0216) 578 00 00 Faks: (0216) 578 07 56

e-posta: law@yeditepe.edu.tr

www.yeditepe.edu.tr