

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

**Cilt XVII, Temmuz 2013, Sayı 3
Vol. XVII, July 2013, No. 3**



**ANKARA
Kasım 2013**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER Prof. Dr. Süleyman BÜYÜKBERBER

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM

Editörler: Editors :

Doç. Dr. Bülent YAVUZ Assoc. Prof. Dr. Bülent YAVUZ

Yrd. Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Assist. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Assoc. Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Günay KANDEMİR Günay KANDEMİR

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN
Basım Yeri:

Basım Tarihi : Kasım 2013

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Konya Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD) Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), U L A K B İ M tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı (**Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim**) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Yazının dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile hukukdergi@gazi.edu.tr adresine gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan **Türkçe ve İngilizce özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editörler kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, geri çevrilir.
7. Editörler kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi* ve *bilgilendirici notlara* da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editörler kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
10. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı. *Kitabın Adı*, Baskı. Basıldığı Yer, Yıl,
Örn. AYHAN, Rıza, Ticarî İşletme Hukuku, b. 2, Ankara 2007.

İlk atıf dâhil olmak üzere atıf usulü:

Örn. AYHAN, s. 178.

Aynı yazarın birden fazla kitabına ilk atıf usulü:

AYHAN, Şirketler, s. 120. ve AYHAN, Ticarî İşletme, s. 136.

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, sayı numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları.

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:

Örn. AYHAN, s. 31.

İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Örn. AYHAN, Rıza, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, Sa. 2, s. 31-40 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim 13 Haziran 2010).

Atıf da şu şekilde yapılmalıdır:

Örn. AYHAN, s. 31.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metrosu Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 51

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com

BOŞ

İ Ç İ N D E K İ L E R

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma Zeynep BAHADIR	1-38
6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Limited Şirket Genel Kuruluna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi Abdullah ERDOĞAN	39-60
Gemi Acentesi Ücret Tarifesi ve Buna Aykırılığın Yaptırımı Hacı KARA	61-80
Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması, Harcanması ve Korunması Hayrunnisa ÖZDEMİR	81-106

KAMU HUKUKU

Türkiye'nin Sınır Ötesi Operasyonlarının Hukuki Çerçevesi Sercan Semih AKUTAY / Davut ATEŞ	109-146
Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü Bağlamında Eğitim Hizmetlerinin Ruhsat Usulü ile Özel Kişilere Gördür Bülent ALGAN / Müberra ALGAN	147-194
Ceza Muhakemesinde Gaip ve Kaçak Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi Ömer ÖMEROĞLU	195-226
Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme Yaşar SALİHPAŞAOĞLU	227-266
Kitle İletişim Hukukunda Editöryal Denetim Sorunu ve Harici Müdahale Kemal ŞAHİN	267-294
Elektronik Haberleşme Sektöründe Açık Hatlar Sorunu ve Düzenleyici Kararların Etkileri Bilge UZ	295-312

* Makaleler, yazarların soyadına göre sıralanmıştır.

Gazi University Faculty of Law Review

Vol. XVII

July 2013

Number 3

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

- He Transfer Of The Contract And The Participation In The Contract*
Zeynep BAHADIR.....1-38
- An Assessment Of The Rules About Limited Liability Companies
According To Turkish Commercial Code Numbered 6102*
Abdullah ERDOĞAN.....39-60
- Ship Agency Tariff And Sanctions To Be Applied In Case Of Violation Of This*
Hacı KARA.....61-80
- The Management, Usage And Spending Of Child Properties*
Hayrunnisa ÖZDEMİR.....81-106

PUBLIC LAW

- The Legal Framework Of Turkey's Cross-Border Operations*
Sercan Semih AKUTAY / Davut ATEŞ.....109-146
- Pursuance Of Education Service By Private Entrepreneurship With
Licence In Context Of Right To And Freedom Of Education*
Bülent ALGAN / Müberra ALGAN.....147-194
- Issuance Of Assurance Document For The Defaulter Or
Fugitive Defendant In The Criminal Procedure Law*
Ömer ÖMEROĞLU.....195-226
- The Scope Of Private Life: An Assessment In The Light Of The
Case Law Of The European Court Of Human Rights*
Yaşar SALİHPAŞAOĞLU.....227-266
- The Problem of Editorial Control and of External Intervention
In Mass Communication Law*
Kemal ŞAHİN.....267-294
- Identity Frauds In Electronic Communications
Sector and Impacts of Regulatory Decisions*
Bilge UZ.....295-312

* Articles are drawn up according to the surnames of the authors.

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

SÖZLEŞMENİN DEVRİ VE SÖZLEŞMEYE KATILMA

Zeynep BAHADIR*

ÖZET

Makale, iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, “sözleşmenin devri”, ikinci bölümde “sözleşmeye katılma” müesseseleri hakkında çalışılmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ilk kez düzenlenmiş olan müesseseler, kavram, hukukî nitelik, benzer müesseselerle karşılaştırma, şartları, şekilleri ve sonuçları açısından tek tek ele alınarak incelenmiştir. Hem “sözleşmenin devri” hem “sözleşmeye katılma” borç ilişkilerinde taraf değişikliği olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin devrinde tam anlamıyla bir taraf değişikliği söz konusudur. Sözleşmenin devrinde sözleşmedeki taraflardan birisi yerini yeni bir kişiye bırakmaktadır. Sözleşmeye katılma da ise taraf değişikliği bu şekilde gerçekleşmemektedir. Sözleşmedeki taraflardan hiç biri sözleşmeden ayrılmamaktadır. Tam tersi taraflardan bir tanesinin yanına bir kişi daha katılmaktadır. Gerek “sözleşmenin devri” gerek “sözleşmeye katılma” sözleşmeleri iradi olabileceği gibi kanunî de olabilir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmenin devri, sözleşmeye katılma.

THE TRANSFER OF THE CONTRACT AND THE PARTICIPATION IN THE CONTRACT

ABSTRACT

This article consists of two main parts. In the first part, the institution of “the transfer of the contract”, and in the second part, the institutions of “the participation in the contract” have been studied. These institutions which are regulated for the first time in the Turkish Code of Obligations, numbered 6098, has been examined one by one, in terms of the concept, the legal qualifications in comparison with similar institutions, conditions, the forms and the results. Both “the transfer of the contract” and “the participation in the contract” are organized as a party change in debt relations. There is literally a party change in “the transfer of the contract”. One of the parties of the contract is replaced by a new person in “the transfer of the contract”. But the party change in “the participation in the contract” does not take place in this way. None of the parties of the contract do not leave from the contract. Just the opposite a new person participates besides one of the parties of the contract. Both “the transfer of the contract” and “the participation in the contract” may be voluntary contracts or may be legal.

Keywords: The transfer of the contract, the participation in the contract.

* Avukat (Ankara Barosu), LL. M. (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü).

GİRİŞ

Çalışma konumuz olan “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma” müesseseleri ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir. Çalışmada yeni ihdas edilmiş olan bu iki ayrı hukukî müessese üzerinde durulacaktır.

Her iki müessese yeni olmaları nedeniyle henüz ele alınıp incelenmemiştir. Yakın geçmişte Borçlar Kanunu’nda yapılan yenilik ve köklü değişiklikler nedeniyle de konunun üzerinde durulması isabetli olacaktır.

Sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma müesseseleri hakkında yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu’nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, benzer müesseseler zaman zaman münferit durumlar için ele alınarak düzenlenmiştir. Bu şekilde yapılan düzenlemeler de kanun koyucunun ihtiyaç gördüğü konular ile sınırlı kalmıştır.

Çalışmada, şimdiye kadar kanun koyucunun öngördüğü ölçüde kanun düzenlemesi ile birlikte kullanma imkânı olan başka müesseselerin yanında sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma müesseseleri kuşkusuz ki uygulama açısından büyük bir ihtiyacı karşılayacaktır.

Tüm bu hususlara ilişkin farkındalıklardan hareketle çalışma iki bölümde ele alınmıştır. İlk bölümde “sözleşmenin devri”, ikinci bölümde ise “sözleşmeye katılma” müesseseleri incelenecektir. Her iki bölümde önce kavramların tanımı, hukukî niteliklerinin tespiti, benzer hukukî müesseselerle karşılaştırılması, devir ve katılmanın gerçekleşmesi için gereken şartlar, bu sözleşmelere ilişkin şekil ve nihayet “sözleşmenin devri” ve “sözleşmeye katılma” sözleşmelerinin sonuçları üzerinde durulacaktır.

SÖZLEŞMENİN DEVRİ

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu’nu yürürlükten kaldıran ve 11.01.2011’de kabul edilip 01.07.2012’de yürürlüğe girmiş olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda “sözleşmenin devri” ve “sözleşmeye katılma” müesseseleri düzenlenmiştir. Sözleşmenin devri, Türk Borçlar Kanunu’nun 205’inci maddesinde, sözleşmeye katılma ise 206’ncı maddede düzenlenmiştir. Düzenleme, “Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri” başlıklı beşinci bölümün altında söz konusu yeni konmuş maddelere ayrılmış olan üçüncü ayırımın içinde yer almaktadır.

I. SÖZLEŞMENİN DEVRİ KAVRAMI

Sözleşmenin devri kavramı, terminolojide çeşitli şekillerde anılmıştır. Bunlar, sözleşmede taraf değişikliği, borç ilişkisine girme, sözleşmenin temliki, üçüncü bir kişinin sözleşmenin tarafı yerine ikame edilmesi, sözleşmenin yüklenilmesi gibi kavramlardır¹.

Çalışmamızda kanunun düzenlemesi ile uyumlu olması açısından “sözleşmenin devri” kavramı kullanılacaktır.

Sözleşmenin devri kavramı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 205’inci maddesinin ilk fıkrasında “*sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır*” şeklinde açıklanmıştır.

Kavramı başka bir şekilde analiz edecek olursak; sözleşmeyi devralan açısından sözleşmeye -sözleşmedeki tüm hak ve borçları kapsar şekilde-girme^{2,3}, sözleşmeyi devreden açısından sözleşmedeki taraf niteliğinden ayrılma ve bu taraf niteliğini üçüncü bir kişiye bırakma⁴ anlaşılabilir. Bu yönüyle baktığımızda kullanılacak terimler açısından sözleşmede taraflardan birinin değişmesi terimi de yerinde olabilir.

Hükmün ifadesinden açıkça görüldüğü gibi, sözleşmenin devrinde gerek devreden gerek devralan tarafından sözleşme ilişkisinde iradi bir değişiklik söz konusudur. Sözleşmede kalan tarafın bu değişikliğe rıza göstermesi de yine iradidir. Ancak, kanun hükmü ile de sözleşmenin devri mümkün olabilecektir. Kanun hükmü ile sözleşmenin devrinde iradi sözleşmenin devrinden farklı olarak sözleşmede kalan tarafın rızası sözleşmenin devrinin kurucu unsuru niteliğine sahip değildir.

Tüm bu açıklamalardan hareketle sözleşmenin devri kavramını; sözleşmede taraflardan birinde bir değişiklik yapılması olarak niteleyebiliriz. Bu taraf değişikliği, iradi olabileceği gibi kanunî de olabilecektir. İradi taraf

¹ AYRANCI, Hasan, Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003, s. 31; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011, s. 378.

² AYRANCI, s. 33-34.

³ YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2012, s. 272.

⁴ AYRANCI, s. 33-34.

değişikliğinde sözleşmenin devrinin gerçekleşebilmesi için sözleşmeyi devreden tarafın ve sözleşmeyi devralan tarafın sözleşmenin devrine ilişkin iradelerine sözleşmede kalan tarafın da rıza göstermesi gerekmektedir. Kanunî devirde ise sözleşmenin devri kanun hükmüne dayandığı için sözleşmeyi devreden veya sözleşmede kalan tarafın rızasının olup olmamasının sözleşmenin devrine herhangi bir etkisi olmayacaktır. Çünkü sözleşmenin devri kanun hükmü nedeniyle meydana gelir⁵. Örneğin finansal kiralama sözleşmesinde, kiralamaya konu olan malın mülkiyetinin devri söz konusu olduğunda (sözleşmede bu hususun kararlaştırılmış olması ve yeni malikin, kiralayan finans şirketi ile başka bir finansal kiralama ilişkisinin bulunması koşuluyla) finansal kira ilişkisi malın yeni maliki ve finansal kiralama şirketi arasında geçerli olacaktır (Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 27).

II. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmenin devri müessesesini düzenlemeden önce uygulamada ortaya çıkmış olan ihtiyaç, alacağın devri ve borcun üstlenilmesi hükümlerinden yararlanılarak çözümlenmeye çalışılmıştır.

Sözleşmenin devrinde, sözleşmenin taraflarından birinin bu taraf sıfatını üçüncü bir kişiye anlaşılarak devretmesi söz konusudur⁶. Sözleşmenin devrine bir örnek verecek olursak; bir banka müşterisinin, bankayla yaptığı sözleşmeyi üçüncü kişiye devretmesi halinde, üçüncü kişi bankanın müşterisi olur⁷ ve sözleşmeyi devreden müşterinin sözleşmedeki taraf niteliği ortadan kalkar, sözleşmeyi devralan üçüncü kişi sözleşmenin tarafı olur.

Bu şekilde sözleşmedeki bir tarafın yerine başka bir kişinin geçip bu taraf sıfatına onun sahip olması (sözleşmenin devri) bir anlaşmaya dayanmaktadır⁸. Bir anlaşmaya dayalı olarak gerçekleşen sözleşmenin devrinde hem bir tasarruf işlemi, hem de bir taahhüt işlemi söz konusudur.

⁵ AYRANCI, s. 37; YAVUZ, s. 272.

⁶ GÜNAY, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 785; DEMİR, Mehmet, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2012, s. 44; UYGUR, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2012, s. 1183-1184.

⁷ AYRANCI, s. 35 naklen.

⁸ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2013, s. 616 (İlgili bölüm ÖZ, M. Turgut tarafından kaleme alındığı için bu konudaki bundan sonraki atıflarda sadece ÖZ'e atıf yapılacaktır.).

1- Sözleşmenin Devrinin Bir Tasarruf İşlemi Olması Niteliği

Bir hakkı veya hukukî bir ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyerek, onu ortadan kaldıran, azaltan ya da değiştiren bir hukukî işlem, tasarruf işlemidir. Bir tasarruf işleminin yapılabilmesi için tasarrufta bulunanın, bu işlemin konusunu oluşturacak hak üzerinde belli bir yetkiye (tasarruf yetkisine) sahip olması gerekmektedir⁹.

Önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi, sözleşmeyi devreden, sözleşmede taraf niteliğini haizdir. Bu taraf niteliği sayesinde de tasarruf ehliyeti vardır. Devir işlemi ile birlikte devreden ile devralan arasında sözleşmenin tarafını değiştiren bir hukukî işlem gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle de sözleşmenin devri, devreden açısından bir tasarruf işlemidir.

Sözleşmenin devrinde sözleşmedeki taraf sıfatı üzerinde tasarrufta bulunan devreden açısından bir tasarruf işlemi mevcuttur. Ancak, sözleşmede kalan açısından da devir işlemi bir tasarruf işlemi niteliğindedir. Zira sözleşmede kalan taraf da alacak hakları ile ilgili olarak borçlu mamelekinin değişmesine rıza göstermek suretiyle bir tasarruf işlemi gerçekleştirmektedir¹⁰. Dolayısıyla sözleşmenin devrinde, gerek sözleşmeyi devreden gerek sözleşmede kalan taraf açısından taraf değişikliği sonucuna yönelmiş bir tasarruf işlemi söz konusudur¹¹.

2- Sözleşmenin Devrinin Bir Taahhüt İşlemi Olması Niteliği

Taahhüt işlemi, bir hakka doğrudan doğruya etkide bulunmayan, sadece mal varlığının pasifini artıran, borçlandırıcı işlemlerdir¹².

Sözleşmenin devrinde, sözleşmeyi devralan ile sözleşmede kalan taraf açısından bir taahhüt işlemi söz konusudur¹³. Zira sözleşme ile devreden tarafın borçlarının yerine getirileceği taahhüt edilmektedir.

Sözleşmenin devrinde tasarruf ve taahhüt işlemleri birbirlerine sıkı şekilde bağlıdır. Bu nedenle de devreden ve sözleşmede kalanın tasarruf işlemine bağlı bir taahhüt işleminin söz konusu olduğunu göz ardı etmemek

⁹ AYİTER, Kudret, Medenî Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s. 13; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), Ankara 2012, s. 48-49.

¹⁰ AYRANCI, s. 66-68.

¹¹ AYRANCI, s. 67.

¹² KILIÇOĞLU, s. 48.

¹³ AYRANCI, s. 67-68.

gerekir. Başka bir ifadeyle sözleşmenin devrinde söz konusu olan taahhüt işlemi, tasarruf işlemine bağlıdır¹⁴.

III. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN BENZER HUKUKÎ MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

Almanya, İsviçre gibi başka ülkelerde de uygulamada yaşanan sorunlar nedeniyle sözleşmede taraf değişikliğine ilişkin olarak bu düzenlemenin yapılması gerekliliği hususu öğretilerde tartışılmaktadır. İlk kez ülkemizde başlı başına kanun hükmü olarak düzenlenmiş olan bu müessese hakkında henüz Almanya ve İsviçre’de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Nitekim Borçlar Kanunu’nda hizmet akdini düzenleyen maddeler arasında sözleşmenin devri özel olarak 429’uncu maddede hükme bağlanmıştır.

Hukuk literatüründe eskiden beri ele alınmış olmakla beraber 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ilk defa düzenlenmekle birlikte yeni bir hukukî müessese olma durumunu kazanmış olan “sözleşmenin devri” Borçlar Kanunu’nda benzer hukukî müesseselerden farklılık gösterir.

1- Alt Sözleşme ve Sözleşmenin Devri

Borçlar Kanunu’nda özel olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte bazı sözleşmelere ilişkin düzenlemelerde yer verilmiş olmasını da dikkate aldığımızda bazı sözleşme ilişkilerinde alt sözleşme(lerin) kurulması öğretisi ve uygulama tarafından kabul edilmiştir.

Alt sözleşme öğretide; daha önce yapılmış bir sözleşmenin taraflarından birisi ve konusu bakımından onunla kesişen, daha önce yapılmış sözleşmeden bağımsız olmakla birlikte fiili ilişki içinde olan sözleşme alt sözleşme¹⁵ şeklinde tanımlanmaktadır. Başka bir ifadeyle alt sözleşme ile yeni bir sözleşme oluşturulmaktadır ve ortada aynı muhtevaya sahip olan iki ayrı sözleşme bulunmaktadır. Bu sözleşmelerin tarafları birbirinden farklıdır. Sadece taraflardan birisi aynı muhtevadaki her iki sözleşmede de taraf sıfatına sahiptir. Fakat üstlendiği taraf sıfatlarının niteliği farklı olduğu için her iki sözleşmede birbirinden farklı ve bağımsız hak ve yükümlülükler yer almaktadır.

¹⁴ KILIÇOĞLU, s. 48-49; AYRANCI, s. 69.

¹⁵ AKKANAT, Halil, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul 2000, s. 1; AKİPEK, Şebnem, Alt Vekâlet, Ankara 2003, s. 83; EROL, Yasemin, Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri, Kırkkale 2003, s. 5; KAHVECİ, Nalan, Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir 2005, s. 63.

Alt sözleşmenin kurulmuş olması, daha önceden yapılmış olan asıl sözleşmeyi ortadan kaldırmayacak, her ikisi de birlikte varlıklarını sürdüreceklerdir¹⁶. Alt sözleşme tipi olarak uygulamada sıklıkla karşılaşılan sözleşmelerden bazıları alt kira sözleşmesi, alt hâsılat kirası sözleşmesi, alt vekâlet sözleşmesi ve alt eser sözleşmesidir.

Alt sözleşme, kural olarak sürekli borç ilişkilerinde veya sürekli borç ilişkisi benzeri borç ilişkilerinde söz konusu olabilir. Çünkü alt sözleşmeye konu olan edim, asıl sözleşmeden alt sözleşmeye yansımaktadır ve asıl sözleşmenin süresinden daha uzun süreli olabilmesi mümkün değildir¹⁷. Alt sözleşmenin asıl sözleşmenin süresine bağlı olmasının (asıl sözleşmenin süresinden daha uzun süreli olamamasının) yansımaları olarak da her sözleşme tipi için yapılmasının mümkün olmadığı, kullanma, yararlanma, eser yaratma, iş görme gibi sürekli ilişkilerin söz konusu olduğu sözleşmeler için söz konusu olabileceği belirtilmektedir¹⁸.

Sözleşmenin devrinde ise alt sözleşmeden farklı olarak sözleşmedeki taraflardan birisi değişmektedir. Üçüncü kişi sözleşmedeki taraflardan birinin yerine geçmekte, yerine geçtiği tarafın tüm hak ve borçlarına sahip olmaktadır. Yerine geçilen tarafın ise, artık hiçbir şekilde taraf sıfatı ve bu sığfata bağlı olan hak ve borcu kalmamaktadır. Ayrıca, sözleşmenin devrinde asıl sözleşme - alt sözleşme ya da daha önceden yapılmış sözleşme - daha sonra yapılmış sözleşme gibi nitelendirmeler söz konusu değildir. Zira tek bir sözleşme vardır ve devre konu olan bir taraf sıfatı vardır.

Sözleşmeye ilişkin edim hakkında bir değişiklik olmadığı için sözleşmenin devri ile ilgili bir süre sınırlandırması da hem bu nedenle hem ortada başka bir bağlı sözleşme bulunmaması nedeniyle mümkün değildir.

Alt kira sözleşmesi, kira konusunun asıl kira sözleşmesine taraf olan kiracı tarafından tamamen veya kısmen bir başkasına tekrar kiralanması yahut kullanma hakkının devredilmesidir¹⁹ (TBK. m. 322). Burada alt kiracı kiralayanla değil asıl kiracı ile bir borç ilişkisine girmektedir²⁰.

¹⁶ AYRANCI, s. 80.

¹⁷ AKKANAT, s. 18; AKİPEK, s. 86; KAHVECİ, s. 64; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 363.

¹⁸ YÜCER, İpek, "Alt Kira", AÜHFD, Cilt 57, S. 3, Yıl 2008, s. 795.

¹⁹ TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 1977, s. 553; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 267; GÜMÜŞ, Cilt I, s. 361.

²⁰ AYRANCI, s. 81.

2- Alacağın Devri ve Sözleşmenin Devri

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile “alacağın temlik” kavramı yerini “alacağın devri” kavramına bırakmıştır. Kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu’nun 183 ilâ 194’üncü maddeleri arasında yer alan yeni düzenlemeler ile esasında genel olarak eski düzenlemelerin korunmasını benimsemiştir.

Alacağın devri, borcun kaynağı ne olursa olsun, alacaklının, alacağını üçüncü bir kişiye devir (temlik) etmesidir. Alacaklı alacağını devrederken tam devir yapabileceği gibi kısmi devir de yapabilir. Alacağın devri bazen kanun hükmü ya da mahkeme kararına dayanabilmekte, bazen de alacaklının iradesine dayanmaktadır²¹ (TBK. m. 185).

Alacağın devri söz konusu olduğunda borç ilişkisinin tarafları olan alacaklı ve borçlu yanında bir üçüncü kişi de ilişkiye taraf olmaktadır. Başka bir ifade ile alacağın devrinin varlığı halinde asıl borç ilişkisindeki tarafların yanına bir üçüncü kişi daha borç ilişkisine katılmaktadır²². Bu üçüncü kişi alacağın devrine ilişkin sözleşme yahut kanun hükmü ya da mahkeme kararı ile asıl borç ilişkisine dâhil olmaktadır²³.

Borçlar Kanunu’nun 183’üncü maddesi hükmüne göre, kanun, sözleşme veya işin niteliğinden kaynaklanan herhangi bir engel bulunmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir.

Alacağın devrinin geçerliliğini Türk Borçlar Kanunu 184’üncü maddede yazılı şekil şartına bağlanmıştır. Bu geçerlilik şartına 185’inci madde ile kanun hükmü veya mahkeme kararıyla gerçekleşmiş olan devirler bakımından özel bir şekil şartı gerekmediğini belirterek istisna getirmiştir. Şekil şartının getirilmesindeki amaç, borçlunun ödeme yaptığı kişinin alacaklı olduğundan emin olmasını sağlayarak onu borçtan kurtarmaktır²⁴.

Alacağın devrinde devredene bazı koşulların varlığı ile birlikte sorumluluk yüklenmiştir. Şöyle ki; devrin bir edim karşılığında gerçekleşmesi halinde kanun koyucu alacağı devreden devir sırasında alacağın varlığını ve

²¹ TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 1976, s. 1074 vd.; FRANKO, Nisim, “Alacağın Temlik”, AÜSBFD, Cilt 49, S. 1, Yıl 1994, s. 177, 185; EREN, Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 1224; KILIÇOĞLU, s. 784; ÖZ, s. 543; NOMER, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 355-357.

²² KILIÇOĞLU, s. 784.

²³ EREN, s. 1225-1228.

²⁴ TUNÇOMAĞ, s. 1088; FRANKO, s. 181.

borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti ettiğini kabul etmiştir (TBK. m. 191). Bu kabulden hareketle de devralana, garanti ile devredenden 1- ifa ettiği karşı edimin faizi ile birlikte geri verilmesini, 2- devirden kaynaklanan giderlerin verilmesini, 3- devraldığı alacağı elde etmek için yaptığı ve sonuçsuz girişimler için harcadığı giderlerin verilmesini, 4- uğradığı diğer zararları isteme hakkı vermiştir (TBK. m. 193).

Sözleşmenin devrinde ise ortada üçlü ilişkiye dayanan bir hukukî durum söz konusu değildir. Taraflardan biri yerini üçüncü kişiye bıraktığı için sözleşme yine iki taraflı olarak devam etmektedir.

Alacağın devrinde borç ilişkisine eklenen yeni bir taraf varken, sözleşmenin devrinde sadece bir taraf değişikliği vardır.

Söz konusu müesseselerin karşılaştırılması gereken başka bir noktası ise devir işlemini gerçekleştiren taraflara ilişkindir. Alacağın devri işlemi sadece alacaklı tarafından yapılabilirken, sözleşmenin devri alacaklı tarafından yapılabileceği gibi borçlu tarafından da yapılabilecektir (bu durum, sözleşmenin tek tarafa borç yükleyen ya da iki tarafa da borç yükleyen nitelikte olmasına göre değişim göstermeyecektir).

Her iki müessese arasında diğer önemli bir fark, alacağın devrinde borçlunun rızasına ilişkin herhangi bir şart bulunmamasına karşın, sözleşmenin devrinde sözleşmede kalan tarafın rızası devir için kurucu unsur niteliğindedir.

Alacağın devri müessesinden söz ederken kanun koyucu teknik anlamdaki ‘alacak’ terimini tercih etmiştir²⁵. Sözleşmenin devri müessesinden söz ederken ise ‘bütün hak ve borçlar’ ifadesine yer verilmiştir. Buradan hareketle yenilik doğuran haklar açısından bir karşılaştırma yapılacak olursa; alacağın devri ile yenilik doğuran hakların devredilememesine -alacakları etkileyen yenilik doğuran haklar hariç- karşın sözleşmenin devri ile yenilik doğuran hakların da devir kapsamına girdiği kabul edilebilir. Zira alacağın devrinde sadece edimi talep yetkisinin devri söz konusudur ve sözleşmeyi etkileyen yenilik doğuran haklar diğer tarafa geçmez²⁶.

Her iki müessese arasında amaç bakımından da bir fark mevcuttur. Nitekim alacağın devri, sözleşme ilişkisinden doğan ve fakat bu ilişkinin sadece bir kısmını oluşturan münferit alacak ile ilgilidir. Alacağın devrinde taraf konumunda herhangi bir değişiklik gerçekleşmemektedir. Hâlbuki

²⁵ TUNÇOMAĞ, s. 1075; FRANKO, s. 178; EREN, s. 1234; AYRANCI, s. 46-48.

²⁶ TUNÇOMAĞ, s. 1105, 1133; FRANKO, s. 187; AYRANCI, s. 46-48.

sözleşmede taraf değişikliği yapan sözleşmenin devrindeki amaç, bambaşka bir karaktere sahiptir²⁷.

Ancak, her iki müessese de hukukî niteliği itibariyle bir tasarruf işlemidir²⁸ ve gerek alacağın devri gerek sözleşmenin devri bakımından borçlunun/sözleşmede kalan tarafın zarara uğramaması esastır. Ayrıca her iki müessesede de sözleşmenin muhtevasında herhangi bir değişiklik gerçekleşmemektedir.

3- Borcun Üstlenilmesi ve Sözleşmenin Devri

Alacağın devri ile alacaklının değişmesine olanak tanıyan kanun koyucu, borcun üstlenilmesi ile de borçlunun değiştirilmesine imkân vermiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda alacağın devrinden hemen sonra 195-204'üncü maddeler arasında düzenlenmiş olan "borcun üstlenilmesi", mülga Borçlar Kanunu'nda yer alan "borcun nakli"nin karşılığıdır. Kanun koyucu bu konudaki düzenlemelerde de genel olarak mülga kanundaki hükümlerin muhafazasını benimsemiştir.

Borcun üstlenilmesi, borcun iç üstlenilmesi, borcun dış üstlenilmesi, borca katılma ve bir malvarlığının veya işletmenin devrinde borçların üstlenilmesi olarak dört ayrı kategoride düzenlenmiştir. Sözleşmeye katılma için ise kanun koyucu bu çeşit bir ayırım yapma yöntemini benimsememiştir.

Borcun iç üstlenilmesinde; üçüncü kişinin borçlu ile yaptığı sözleşme veya alacaklının rızası doğrultusunda üçüncü kişinin borçluyu borçtan kurtarma taahhüdü söz konusudur (TBK. m. 195).

Borcun dış üstlenilmesinde; alacaklı ile borcu üstlenen üçüncü kişi arasında bir sözleşme yapılması söz konusudur. Sözleşmenin konusu, borçlunun borcunun üstlenilmesi suretiyle borçtan kurtarılması ve onun yerine geçilmesidir (TBK. m. 196).

Borca katılma, borcun üstlenilmesine ilişkin olarak kanun koyucunun benimsediği üçüncü kategoridir. Borca katılma şeklindeki borcun üstlenilmesinde, mevcut borçlunun yükümlülüğü devam ederken, üçüncü bir kişinin de sonradan alacaklı ile anlaşarak, aynı edimi ifa etmeyi üstlenmesi söz konusudur. Buradaki tasarruf işlemi müteselsil borçluluk doğuracak şekildedir. Zira Borçlar Kanunu'nun 201'inci maddesinde de alacaklı ile anlaşarak yapılan katılmada, bu üçüncü kişinin (katılanın) borçlu ile birlikte sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

²⁷ AYRANCI, s. 49.

²⁸ TUNÇOMAĞ, s. 1090; FRANKO, s. 179.

Borcun üstlenilmesine ilişkin olan dördüncü ve son kategori, bir malvarlığının veya işletmenin devralınması durumuna ilişkindir. Bir malvarlığı veya işletmenin devrinde borçların üstlenilmesinde; bir malvarlığının veya işletmenin aktifinin ve pasifinin tamamen bir kişiden başka bir kişiye devredilmesi söz konusudur. Burada tarafların anlaşması ile birlikte aktifler ve pasifler üzerindeki tüm hak ve borçlar nakledilmektedir (TBK. m. 202). İşletmelerin birleşmesi veya şekil değiştirmesinde de bir malvarlığı veya işletmenin devrinde borçların üstlenilmesi söz konusu olacaktır (TBK. m. 203).

Borcun üstlenilmesine ilişkin olarak öğretilde kabul edilen bu ayrımlar, sözleşmenin devri müessesesi ile karşılaştırıldığında aralarında bazı farklılıklar bulunduğu görülür.

Nitekim iç üstlenme; borçlu ile üçüncü kişi arasında yapılan bir sözleşmedir. Bu sözleşme üçüncü kişinin borçluyu borçtan kurtarmasına ilişkin taahhüdünü içerir. Borcun iç üstlenilmesine ilişkin sözleşmenin karşılıklı edimleri içeren (ivazlı) bir sözleşme olması mümkün olduğu gibi, tek tarafa borç yükleyen (ivazsız) bir sözleşme olması da mümkündür²⁹.

Sözleşmenin devrinde tüm hak ve borçlar sözleşmeyi devralana geçmektedir. Borcun iç üstlenilmesinde ise, esasında borçlunun borcunun ödeneceğine ilişkin bir taahhüt altına girilmektedir. Başka bir ifadeyle borcun üstlenilmesinde, üçüncü kişi sözleşmenin devrinden farklı olarak sadece borçluyu borçtan kurtarma borcu altına girmektedir.

Borcun dış üstlenilmesinde, iç üstlenmede olduğu gibi borcun üstlenilmesine ilişkin bir sözleşme vardır. Ancak, bu sözleşmenin tarafları borcu üstlenen üçüncü kişi ile alacaklıdır. Dış üstlenme, her zaman alacaklı ve borçlu arasında sözleşme yapılması ile ortaya çıkmak durumunda değildir. Borçlu ile borcu üstlenen arasında yapılan borcun iç üstlenilmesine ilişkin sözleşmenin alacaklıya bildirilmiş olması, borcun dış üstlenilmesine ilişkin bir öneridir. Bu önerinin kabulü hakkında herhangi bir süre öngörülmemişse alacaklının her zaman öneriyi kabul etmesi söz konusudur. Aksi halde verilen sürelerin dolmasıyla birlikte öneri reddedilmiş olacaktır (TBK. m. 197). Borcun iç üstlenilmesine ilişkin sözleşmenin alacaklıya bildirilmesi ile alacaklıya yapılan borcun dış üstlenilmesi önerisi kabul edilirse dış üstlenme sözleşmesi doğmuş olacaktır.

²⁹ EREN, s. 1244-1246; ÖZ, s. 587; NOMER, s. 362-363.

Dış üstlenme sözleşmesi, alacaklının karşısındaki borçlunun değişmesine ilişkin bir tasarruf işlemidir³⁰. Bununla birlikte bir taraftan üçüncü kişinin borçlunun borcunu ödemesine ilişkin taahhüdü bulunmaktadır. Üçüncü kişinin bu taahhüdü ile borçlu borcundan kurtulur.

Sözleşmenin devrinde ise, sadece borçlara ilişkin bir tasarruf ve taahhüt söz konusu olmayıp tüm hak ve borçların tamamen devri söz konusudur. Sözleşmenin devrinde kanun koyucu tarafından kurucu unsur olarak belirlenmiş olan sözleşmede kalan tarafın rızası dış üstlenmede de vardır. Ancak, borcun dış üstlenilmesinde rıza gösterecek taraf sıfatı, alacaklı sıfatı ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle de sözleşmenin devri ile borcun dış üstlenilmesinin de bir bağlantısı bulunmamaktadır.

Borca katılmada ise, mevcut borçlunun borca ilişkin yükümlülüğü devam etmekte ve onun yanında alacaklı ile anlaşarak borcu ödeme yükümlülüğü altına giren bir üçüncü şahıs (katılan) bulunmaktadır. Borca katılmada, borçlu ile katılan alacaklıya karşı müteselsil sorumludur (TBK. m. 201). Borca katılma ile birlikte alacaklının karşısında sorumlu olan borçlu tarafında sorumluların sayısı arttırılmaktadır. Başka bir ifadeyle borca katılan, önceki borçlu ile birlikte ve onun yanında borçlu sıfatını kazanmaktadır³¹.

Sözleşmenin devrinde ise, herhangi bir taraf yanında sözleşmeye dâhil olma söz konusu olmayıp, alacaklı ya da borçlu taraflarından herhangi birinin sözleşmedeki taraf sıfatını yitirmesi ve onun yerine başka birinin bu taraf sıfatını kazanması söz konusudur.

Bir malvarlığının veya işletmenin devrinde borçların üstlenilmesinde ise, bir malvarlığının veya işletmenin aktif ve pasiflerinin bir bütün halinde bir kişiden başka bir kişiye devredilmesine ilişkin sözleşme ile birlikte tüm hak ve borçların malvarlığı veya işletmeyi devralana geçmesi söz konusudur³². Burada borçlunun değişmesinin temelinde tamamen başka bir ilişki söz konusudur. Bir malvarlığı veya bir işletme bağımsız bir işlemle el değiştirmektedir. Mülkiyet değişikliği ile birlikte ortaya çıkan tüm hak ve borçların da mülkiyetle birlikte el değiştirmiş olmasının uzantısı olarak alacaklı, yeni malik ile karşı karşıya kalmaktadır.

³⁰ EREN, s. 1247; ÖZ, s. 593; NOMER, s. 362.

³¹ EREN, s. 1254; ÖZ, s. 608.

³² ACEMOĞLU, Kevork, Borçlar Kanunu'nun 179'uncu Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, Doçentlik Tezi, İstanbul 1971, s. 5 vd.

Sözleşmenin devrinde ise yalın olarak sözleşme üzerinde taraf değişikliği yapmak suretiyle tasarruf ve taahhüt gerçekleşmektedir. Taraf sıfatının değişmesine yönelik irade sadece sözleşmede taraf olmaya yöneliktir. Bir malvarlığının veya işletmenin devrinde borçların üstlenilmesinde ise, hem yine sadece borçlu taraf bakımından değişiklik yapılması söz konusu hem bu değişikliğin temelinde bir mülkiyet değişikliği barınmaktadır.

4- Yenileme (Tecdit) ve Sözleşmenin Devri

Borçlar Kanunu'nda borçların ve borç ilişkilerinin sona erme halleri arasında yer alan yenileme, 133'üncü maddede düzenlenmiştir. Maddede yenilemenin niteliği üzerinde durulmuş, kavramın tanımı yapılmamıştır. Mülga Borçlar Kanunu'ndaki hükmün 6098 sayılı Kanun'da da aynen muhafazası yoluna gidilmiş olması nedeniyle öğretide yerleşmiş olan tanım da muhafaza edilmektedir. Yenileme; mevcut bir borcun yeni bir borç yaratmak suretiyle sona erdirilmesidir³³.

Yenilemeden söz edilebilmesi için bir borcun sona ermesi ve yeni bir borcun doğması söz konusudur. Daha önceki sözleşme ile aynı muhtevaya sahip sözleşme yapılırsa dahi ortada yeni bir sözleşme bulunmaktadır³⁴. Sözleşmenin devrinde ise sözleşmenin muhtevasında herhangi bir değişiklik yapılmamaktadır. Başka bir ifadeyle yenilemede sözleşme değişikliğe uğrarken, sözleşmenin devrinde sözleşme aynen muhafaza edilmekte ve sadece taraflardan birisi bakımından değişiklik ortaya çıkmaktadır.

Her iki müessese için de iradelere önem atfedilmiştir. Yenilemeden söz edebilmek için, mevcut borcun sona ermesi ve yeni bir borcun yaratılması gerekmektedir. Ancak, bu dahi tek başına yeterli değildir. Kanun koyucu Türk Borçlar Kanunu'nun 133/2'nci madde hükmü ile tarafların açık yenileme iradelerinin bulunmasını kurucu unsur olarak değerlendirmiştir. Aynı şekilde sözleşmenin devri bakımından da iradeler önem arz etmektedir. Hem sözleşmeyi devreden ve devralanın hem sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devrine ilişkin uygun iradelerinin bulunması gerekir.

Yenilemede esas olan önceki sözleşmenin tarafları arasında yapılmasıdır³⁵. Zira yenilenen şey sözleşmedir. Taraflara ilişkin bir yenileme yapılmamaktadır. Sözleşmenin devrinde ise, sözleşmenin muhtevası tamamen

³³ KOYUNCUOĞLU, Tennur, Türk-İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul 1972, s. 50-51.

³⁴ KILIÇOĞLU, s. 836 vd.; AYRANCI, s. 78.

³⁵ AYRANCI, s. 79.

aynı kalmaktadır. Bunun yanında sözleşmedeki taraflardan birisi de aynı kalmaktadır.

Yenilemede, yeni borç ilişkisinin kurulmasıyla birlikte sona ermiş olan eski borç ilişkisinden kaynaklanan tüm fer'i haklar, def'iler ve itirazlar sona ermektedir. Tarafların aksi yönde bir iradeleri bulunması halinde; yeni borç ilişkisini kurarken açıkça eski borç ilişkisinden kaynaklanan hak, def'i ve itirazların yenilemeden etkilenmeyeceği yönündeki iradelerini de ortaya koyabilirler³⁶. Sözleşmenin devrinde ise, devreden tarafın tüm hak ve yükümlülükleri, başkaca bir tasarrufa yahut taahhüde konu olmaksızın aynen devralan tarafa geçer.

IV. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN ŞARTLARI

Bir tasarruf işlemi olan sözleşmenin devrinde tasarrufun konusu, sözleşme ilişkisinin taraf konumudur³⁷. Sözleşme devrinin olabilmesi için ortada geçerli bir sözleşmenin bulunması gerekir. Kanunda öngörülen sınırlar içinde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile meydana gelen sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması ve imkânsız bir konu hakkında olmaması gerekir (TBK. m. 26, 27). Elbette ki bu sözleşmenin geçerliliği, süreye bağlı ise süresinin geçmemiş olması, tasfiyesinin söz konusu olmaması ve devrin yasaklanmamış olması gerekir. İlaveten kanunda aranan şekil şartına da uygun olması gerekir (TBK. m. 13).

Borçlar Kanunu'nun 205'inci maddesi "sözleşmenin devri"nin gerçekleşmesi için aşağıda belirtilen şartların varlığını aramıştır.

1- Devredilebilir Nitelik Taşıyan Bir Borç İlişkisinin Varlığı

Sözleşmenin devrinde sözleşmedeki taraf sıfatından biri üzerinde değişiklik meydana gelmektedir³⁸. Bu taraf sıfatı ile birlikte sözleşmedeki bütün hak ve borçlar sözleşmeyi devralana geçmektedir. Başka bir ifadeyle sözleşmenin devrinde taraf sıfatı ve bu taraf sıfatına bağlı olan hak ve borçlar devredilmektedir.

Sözleşmenin devredilebilmesi için devir anlaşmasına konu olan sözleşmedeki borç ilişkisinin devredilebilir nitelik taşıması gerekir³⁹

³⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 580-581; KILIÇOĞLU, s. 839; AYRANCI, s. 79.

³⁷ AYRANCI, s. 92; EREN, s. 1256; UYGUR, s. 1185.

³⁸ YAVUZ, s. 272.

³⁹ AYRANCI, s. 95.

⁴⁰. Niteliği gereği sözleşme ilişkileri devredilebilir niteliğe sahiptir⁴¹. Ancak, şahsa bağlı alacaklara/borçlara dayalı bir sözleşme söz konusu ise, sözleşmenin devredilebilmesi mümkün olmayacaktır⁴². Zira bu durumda taraf sıfatı üzerinde tasarruf işleminde bulunulabilmesi ortadan kalkmaktadır. Sözleşmenin devrine konu olabilecek sözleşmeler, şahsa bağlı olmayan haklara ilişkin sözleşmelerdir⁴³. Meselâ ismin, şeref ve haysiyetin devrine ilişkin devir sözleşmesi yapılamaz.

Sözleşmenin devrine konu olan sözleşmenin devri mümkün olmakla birlikte devir yasaklanmışsa, böyle bir durumda da sözleşmenin devri mümkün olmayacaktır. Zira bir kanun hükmü yahut taraf iradesiyle birlikte devir işlemi engellenmiş durumdadır.

Kanun hükmünden kaynaklanan devir engelinin sadece yasaklama olarak düzenleneceğini düşünmek hatalı olabilir. Şöyle ki; sözleşmenin devrine ilişkin olan Türk Borçlar Kanunu'nun 205/4'üncü maddesi hükmünde "*kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır*" ifadesine yer verilmiştir. Kanaatimizce belirttiğimiz kanunî düzenleme hem kanun hükmü ile devre ilişkin yasaklamayı kapsamakta, hem doğası gereği devre konu olamayacak durumları dile getirmektedir. Örneğin Türk Medenî Kanunu'nun 599/1'inci maddesi hükmüne göre; "mirasçılar, mirasbırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar" yani mirasbırakanın taraf olduğu bir sözleşmedeki taraf sıfatı ve bu sığfata bağlı olan hak ve borçlar mirasçılara mirasbırakanın ölümü ile kanun gereği olarak geçecektir. Burada kanundan doğan bir halefiyet hali söz konusudur. Dolayısıyla bu geçiş için sözleşmenin devri söz konusu olmayacaktır.

Devredilebilen bir sözleşme ilişkisi yoksa sözleşmenin devri mümkün olmayacaktır⁴⁴. Devredilemeyen bir sözleşmenin devredilmesinden sonra devredilebilir nitelik kazanması, geçersiz olan sözleşmenin devri işlemi geçerli hale getirmez. Çünkü ortada baştan itibaren geçersiz olan bir işlem söz konusudur⁴⁵.

⁴⁰ YAVUZ, s. 272.

⁴¹ AYRANCI, s. 95; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 379.

⁴² HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 379; YAVUZ, s. 272-273.

⁴³ AYRANCI, s. 96; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 379; YAVUZ, s. 273.

⁴⁴ AYRANCI, s. 97; HATEMİ/GÖKYAYLA, s. 379.

⁴⁵ AYRANCI, s. 97.

Tüm bunların yanı sıra, kanunî ya da iradi bir engel olmamakla birlikte sırf sözleşmenin kendisinden kaynaklanan nedenlerle de devredilebilmesi mümkün olmayabilir. Sözleşmede yüklenilen edim, sadece bazı şartlara sahip olan kişi/kişiler tarafından ifa edilebiliyorsa, bu kişiye ilişkin taraf sıfatının devredilmesi mümkün olmayacaktır. Böyle sözleşmelerde sözleşmede kalan tarafın rıza göstermiş olması dahi durumu değiştirmeyecektir. Örneğin, bir ressam tarafından üstlenilmiş ve ifa edilmesi gereken bir işin bir boya ustasına devredilmesi sözleşmede kalan tarafın rıza göstermesi halinde dahi mümkün olmayacaktır. Çünkü sözleşmeyi devredecek olan ressamın üstlenilen edim açısından sahip olduğu taraf sıfatı alelade nitelikte değildir, özel bir yetenek, özel bir eğitim gerektirmektedir. Şu halde verdiğimiz örnekteki taraf sıfatı, ancak ve ancak devreden ressam ile aynı niteliklere sahip başka bir ressama devredilebilecek, bu şekilde sözleşmenin devri sözleşmede kalan tarafın rızası ile hayata geçebilecektir. Aksine bir durumda sözleşmenin devrinin geçersizliği ortaya çıkacaktır. Çünkü ortada devredilemez bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır (boya ustası bakımından) ve taraf değişikliği gerçekleştirilememiş olduğundan sözleşme, aynı taraflar arasında devam edecektir. Her şeye rağmen sözleşmenin devrinin geçerli olduğu gibi bir düşünceyle yükümlülüklerini yerine getirmeyen devreden, borcunu ifa etmemiş olmanın sonuçlarıyla karşılaşacaktır. Sözleşmeyi devralan taraf ise tüm geçersizliğe rağmen sözleşmede kalan taraftan bazı hak ve alacaklar elde etmiş ise bu durumda da sebepsiz zenginleşme olgusu ortaya çıkacaktır.

2- Tarafların Uygun İrade Açıklamaları

Sözleşmenin devrinden söz edilebilmesi için sadece devreden ve devralanın iradelerinin birleşmesi yeterli olmayacaktır. Çünkü devreden ile devralan arasındaki anlaşma sözleşmede kalan taraf açısından hüküm ifade etmeyecektir (TBK. m. 205/1).

Sözleşmenin devrinin hüküm ifade edebilmesi için tarafların yani devreden, devralan ve sözleşmede kalan tarafın birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekir.

İradelerin birleşmesi öncelikle devreden ve devralan arasında gerçekleşecektir. Sözleşmede kalan taraf da sözleşmenin devrine ya önceden izin verecektir ya da sonradan onaylayacaktır. Çünkü sözleşmeyi devreden ile devralanın anlaşmalarının hüküm ifade edebilmesi için sözleşmede kalan tarafın rızası ya da onayı gerekir. Elbette ki sözleşmenin devri, her üç tarafın (devreden, devralan ve sözleşmede kalan) bir arada olması ile gerçekleşmişse,

irade beyanları açısından öncelik sonralık gibi bir durum söz konusu olmayacaktır.

a. Devreden ve devralan arasında yapılan anlaşma

Yukarıda da belirttiğimiz gibi sözleşmenin devrinin gerçekleşmesi için sadece devreden ve devralanın anlaşması yetmez. Nitekim kanun koyucu, tarafların menfaatini korumayı esas alarak sözleşmenin devrine taraf olan her üç kişinin de rızasının bulunmasını şart koşturmuştur. Ancak, mutlak surette devreden ve devralanın sözleşmenin devri hususunda anlaşmaya varmış olmaları gerekir.

Sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devrine ilişkin önceden verilmiş bir izni yoksa devreden ve devralan arasında yapılan anlaşma bir öneri sayılır. Sözleşmeyi devralanın taraf değişikliğine yönelik olan öneriyi kabulü, tek başına yeterli olmayacak, sadece devreden ile aralarındaki anlaşmayı ortaya koyacaktır. Sözleşmenin devri için, sözleşmede kalan tarafın rızası kurucu etki sağladığı için, devreden ve devralan arasındaki anlaşmanın hayata geçebilmesi için başlangıçta sözleşmenin devri için rıza göstermemiş olan sözleşmede kalan tarafın icazeti ile tamamlanabilecek bir öneri ve kabul olabilecektir. Zira sözleşmenin devri sözleşmede kalan tarafın rızasının alınması ile birlikte meydana gelir. Aksi halde eksik sözleşme ortaya çıkacaktır.

b. Sözleşmede kalan diğer tarafın bu anlaşmaya rıza göstermesi

Kanun koyucunun sözleşmenin devrinde sözleşmede kalan tarafın iznini ya da onayını araması zorunlu bir şarttır. Bu şart, sözleşmede kalan tarafın sözleşme kurmak istemediği bir kişiyle bir sözleşme ilişkisine sokulmasının engellenmesine hizmet etmektedir⁴⁶. Aksi halde sözleşmede kalan taraf, istemediği başka bir kişiyle muhatap olmak zorunda kalacaktır ki; bu durum Borçlar Hukuku'nun temel prensiplerinden olan irade serbestisinin ihlali anlamına gelecektir.

Sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devrine izin vermemesi ya da devri onaylamaması halinde taraf değişikliğinin gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır.

Sözleşmenin devrinde kurucu unsur niteliğinde olan sözleşmede kalan tarafın rızası, devirden önce verilen izin yahut devirden sonra verilen onay ile gerçekleştirilebilir (TBK. m. 205/2).

⁴⁶ AYRANCI, s. 100; YAVUZ, s. 273.

Sözleşmenin devri sözleşmesi, en baştan itibaren devreden, devralan ve sözleşmede kalan taraf arasında aynı anda yapılan bir sözleşme ile gerçekleştirilebilir. Yahut devreden taraf ile devralan taraf sözleşmenin devri konusunda bir anlaşma yaparlar ve sözleşmede kalan tarafın onayını alarak sözleşmenin devrini gerçekleştirebilirler. Başka bir ihtimal ise; sözleşmenin devrinden önce (asıl taraflar arasındaki sözleşmenin kurulması sırasında ya da bu sözleşmenin kurulmasından sonra) taraflar sözleşmenin devrine ilişkin rızalarını içeren bir anlaşma yaparlar. Bu durumda sözleşmede kalan taraf, baştan itibaren yahut asıl sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşmenin devrine ilişkin rızasını belirtmiş olur.

Tarafların sözleşmenin devrine ilişkin iradelerinin oluşma ihtimalleri doğrultusunda sözleşmenin devredildiği anı da değerlendirmemiz gerekmektedir. Üç tarafın bir arada olması halinde gerçekleştirilen sözleşme devrinde her üç tarafın rızası da aynı anda ortaya konduğu için sözleşmenin devri, üçlü sözleşmenin kurulmasıyla ortaya çıkacaktır. Sözleşmede kalan tarafın sözleşmenin devri konusunda önceden verdiği bir iznin bulunması halinde, sözleşmenin devri, devreden ve devralan arasında yapılan devir sözleşmesi ile gerçekleşmiş olacaktır. Ancak, bu durumda sözleşmede kalan tarafın bundan böyle karşısında olacak taraf hakkında bilgi sahibi olmasının sağlanması amacıyla devreden ve devralan arasındaki sözleşmeden haberdar edilip edilmeyeceği sorunu karşımıza çıkacaktır. Sözleşmede kalan taraf, önceden devre ilişkin izni verirken kendisine bildirim yapılmasını şart koşmuşsa, bildirim ile birlikte sözleşmenin devri gerçekleşecek ve bildirim şartına mutlaka uyulması gerekecektir. Devreden ve devralan arasındaki anlaşmanın sözleşmede kalan tarafa bildirim hakkında bir şart koşulmamış ancak, sözleşmenin devredilebileceği kişi(ler) hakkında çeşitli sınırlar çizilmiş ve bu sınırlar doğrultusunda belirlenenlere sözleşme devredilmişse yine bir sorun yoktur. Fakat herhangi bir sınır ve bildirim şartı yoksa esasında sözleşmede kalan tarafın menfaatlerinin korunması için, kanun koyucunun koyduğu rıza şartının tam olarak murat edilen nitelikte olmaması nedeniyle sözleşmede kalan tarafın sözleşmeyi devralan taraf hakkında tam bilgiye vakıf olana kadar geçen sürede sözleşmenin devrine ilişkin işlemin askıda olduğunu düşünmek yersiz olmayacaktır⁴⁷. Sözleşmede kalan tarafın rızasını sonradan (devreden ve devralanın anlaşmasından sonra) beyan etmesi durumunda ise, sözleşmenin devri bu beyanın açıklanması ile birlikte gerçekleşmiş olacaktır. Ancak, sağlık koşulu, hak ve borçlara sahip olunması ve sona ermesi açısından beyanın hem devredene, hem devralana yapılması yerinde olacaktır.

⁴⁷ Konu hakkındaki başkaca görüşler ve olasılıklar için bkz. AYRANCI, s. 106-109.

İstisnai olarak sözleşmede kalan tarafın rızasının aranmadığı devirler de söz konusu olabilir. Bu duruma Türk Borçlar Kanunu'nun 310'uncu maddesi örnek olarak gösterilebilir. 310/1'inci madde hükmü; "Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur." şeklindedir. Bu durumda mülkiyetin el değiştirmesinden kaynaklanan bir devir söz konusudur. Yeni malik, kira sözleşmesine konu olan bir mülkiyeti edinmektedir. Mülkiyet değişikliğinin tarafları eski malik ile yeni malik, mülkiyet değişikliğinin yanı sıra mülkiyete bağlı olan kira ilişkisinin devrini de dolaylı olarak kararlaştırmaktadırlar. Bu mülkiyet değişikliği mülkiyete bağlı olan kira ilişkisinin taraflarını da değiştirmektedir. Kira sözleşmesi bakımından eski malik devreden, yeni malik devralan, kiracı ise sözleşmede kalan tarafı teşkil etmektedir. Mülkiyete ilişkin değişimin gerçekleşmesinde kiracının rızası aranmamaktadır. Kiraya veren sıfatının da mülkiyet hakkına bağlılığı nedeniyle mülkiyet değişikliği ile birlikte kiraya veren taraf olma sıfatını da elde etmiş olan yeni malikin kiracının rızasına ihtiyacı bulunmamaktadır.

V. SÖZLEŞMENİN DEVRİNDE ŞEKİL

Sözleşmelerin şekline ilişkin genel kural, Türk Borçlar Kanunu'nun 12'nci maddesinde "1- Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. 2- Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz." şeklinde belirlenmiştir.

Bu genel kuraldan hareketle sözleşmenin devrine ilişkin şekli belirlemek için Türk Borçlar Kanunu 205'inci madde düzenlemesini irdelemek gerekmektedir. Maddenin 3'üncü fıkrasında sözleşmenin devrine ilişkin şekil şartı için devre konu olan sözleşmenin şekil şartı benimsenmiştir. Devre konu olan sözleşme ile ilgili özel bir şekil şartı yoksa devir sözleşmesinin şekli de bir şekil şartına bağlı olmayacaktır. Ancak, bu gibi durumlarda sözleşmenin devrinin önceden öngörülmüş olması halinde bu devrin şekli ile ilgili olarak taraflar iradî bir şekli de geçerlik koşulu olarak getirebileceklerdir⁴⁸. Bu husus, sözleşmelerin şekli ile ilgili olarak iradî şekle ilişkin düzenleme doğrultusunda ele alınabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 17'nci maddesinde sözleşmelerin iradî şekli hakkında şu ifadeler yer verilmiştir; "1- Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz.

⁴⁸ YAVUZ, s. 274.

2- Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa, yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanır.” Türk Borçlar Kanunu’nun 17’inci maddesi göz önünde tutulduğunda, devre konu olan sözleşmenin özel bir şekil şartına tâbi olmaması ve devre konu olacak sözleşmenin taraflarının şekil şartı belirlemek yolunu tercih etmeleri halinde sözleşmenin devri bu şekil şartına uygun olarak gerçekleştirilmelidir.

VI. SÖZLEŞMENİN DEVRİNİN SONUÇLARI

Sözleşmenin devrinin en önemli sonuçlarından biri, devre konu olan sözleşmenin sona ermeyip varlığını devam ettirmesidir⁴⁹. Zira sözleşmenin devrinde üzerinde tasarrufta bulunulan yegâne olgu taraf sıfatıdır. Sözleşmedeki taraflardan birisinin yerine başka bir kişi geçer. Sözleşmeye ilişkin hak ve borçlar varlığını sürdürmeye devam eder⁵⁰.

Taraflardan biri bakımından sıfat değişikliği doğuran, diğeri bakımından herhangi bir değişiklik yaratmayan sözleşmenin devri, ne sözleşmedeki borca ne sözleşmenin konusuna ne sözleşmeden kaynaklanan borçlara ne de sözleşmenin süresine herhangi bir surette etki etmez.

Sözleşmeyi devralan kişi bakımından irade bozukluğu hallerinden (yanılma, aldatma, korkutma) birinin oluşması söz konusuysa Türk Borçlar Kanunu’nun 30, 36, 37’nci maddeleri hükümleri de dikkate alındığında sözleşmeyi devralan tarafın devraldığı sözleşmeyle bağlı kalmayabileceği söylenebilir. İrade bozukluğu hallerinden birinin varlığı nedeniyle devralan taraf sözleşmenin devri işlemi iptal edebilir. Bu durumda iptal edilen sözleşmenin devredilmesine ilişkin işlem olduğu için asıl sözleşmenin bu iptalden etkilenmesi söz konusu olmaz. Sözleşme ilk taraflar arasında varlığını sürdürmeye devam eder⁵¹.

⁴⁹ AYRANCI, s. 115; YAVUZ, s. 274.

⁵⁰ Yargıtay 3. HD., 14.10.2004 tarih, 2004/9625 E., 2004/10945 K. sayılı kararında konu hakkında şu ifadelere yer vermiştir: “Devredilebilir nitelikte sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi, sözleşmenin taraflarının irade beyanları ile şekle tabi olmaksızın yüklenilebilir. Sözleşmenin yüklenilmesi ile yüklenilen sözleşme ortadan kalkmaz. Sözleşme ilişkisinin sadece tarafları değişir, ilişkideki taraflardan biri ayrılır ve üçüncü kişi onun yerine geçer. Sözleşmeyi yüklenen taraf tam olarak girdiği sözleşmenin kendiliğinden tarafı olur. Yüklenen taraf, devreden taraf nasıl hak sahibi ve yükümlü ise, sözleşmenin diğer tarafına karşı aynı şekilde sorumlu ve hak sahibidir. Taraf değişikliğine rağmen sözleşme ilişkisi değişmeksizin devam eder. Yüklenen taraf, sadece var olan hakların sahibi ve borçların sorumlusu değildir. Aynı zamanda, gelecekte doğacak olan hak ve borçlarla da ilgilidir.” (www.kazanci.com); Yargıtay 15. HD., 03.11.2004 tarih, 2004/1391 E., 2004/5609 K. sayılı kararında ise: “Sözleşmenin devri halinde devreden sözleşmenin tarafı olmaktan çıkar ve devralan aynı sıfatla sözleşmenin tarafı olur.” (www.kazanci.com) ifadelerine yer verilmiştir.

⁵¹ AYRANCI, s. 115; YAVUZ, s. 274.

Sözleşmenin devrinin sonuçları devrin tarafları açısından ele alındığında;

1- Sözleşmede Kalan İle Devreden Taraf Arasındaki İlişki

Sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmeyi devreden taraf, taraf sıfatını kaybetmiş olur. Dolayısıyla sözleşmeye ilişkin sorumlulukları da sona ermiş olur. Devreden tarafın sözleşmeye ilişkin sorumluluktan kurtulması sözleşmenin devri ile birlikte gerçekleşir⁵².

Sözleşmeyi devreden tarafın taraf sıfatının sona ermesi nedeniyle sözleşmede kalan taraf ile birbirlerine karşı herhangi bir hak ve borç ileri süremezler⁵³.

2- Sözleşmede Kalan İle Sözleşmeyi Devralan Arasındaki İlişki

Sözleşmeyi devralan tarafın asıl devraldığı, sözleşmedeki taraf sıfatlarından birisidir. Bu nedenle de devralan taraf, elde ettiği taraf sıfatına bağlı olan bütün hak ve borçların da sahibi olur (TBK. m. 205/1). Sözleşmeyi devralan, sözleşmenin devri ile birlikte sözleşmede kalan tarafa karşı sorumlu olacak, sahip olduğu hakları sözleşmede kalan tarafa karşı ileri sürebilecektir.

Sözleşmeyi devralan tarafın sahip olduğu hak ve borçlar, sözleşmeyi devraldığı zamandakilerle sınırlı değildir. Devre konu sözleşme ilişkisinden dolayı gelecekte doğacak hak ve borçlar da devralan tarafa geçmiştir⁵⁴.

Sözleşmenin devrinden itibaren sözleşmede kalan taraf sözleşmeyi devralan tarafa karşı hak ve borçları talep edebilir ve bunlardan sorumlu olabilir. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin devriyle birlikte sözleşmede kalan tarafın muhatabı artık sözleşmeyi devralandır.

3- Sözleşmeyi Devralan İle Sözleşmeyi Devreden Arasındaki İlişki

Sözleşmenin devri sözleşmesi ile birlikte sözleşmeyi devreden taraf, yerini tamamen devrettiği kişiye bırakır.

Sözleşmenin devrinden önce doğmuş olan alacaklar ve borçlardan sorumluluk devreden taraftadır⁵⁵. Zira devralan tarafın taraf sıfatı sözleşmenin devri ile birlikte doğmaktadır.

⁵² AYRANCI, s. 116; YAVUZ, s. 274. Devredenin sorumluluğunun sözleşmenin devir anı ile birlikte ortadan kalkacağına şüphe yoktur. Devrin gerçekleşmesine ilişkin alternatifler ve gerçekleşme zamanına ilişkin açıklamalar için bkz. IV-2.

⁵³ YAVUZ, s. 274.

⁵⁴ AYRANCI, s. 117; YAVUZ, s. 275.

⁵⁵ AYRANCI, s. 120; YAVUZ, s. 275.

Sözleşmeyi devreden tarafın devirden önce doğmuş olan borçları devralan tarafından yerine getirilmişse; devralan devredene karşı sebepsiz zenginleşme olgusunu ileri sürebilir⁵⁶.

SÖZLEŞMEYE KATILMA

Sözleşmeye katılma, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin devrinden farklı olarak sözleşmeye katılmada tam anlamıyla bir taraf değişikliği yani sözleşmeye taraf olan bir kişinin yerine başka bir kişinin geçmesi değil, bir kişinin yanına başka bir kişinin eklenmesi söz konusudur.

Sözleşmelerdeki edimlerin niteliği gereği bir sözleşmede tek tarafa borç yüklenmesi ya da her iki tarafa borç yüklenmesi söz konusu olabilir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu, aynı zamanda bir borcu yerine getirme külfetini üstlenirken, bir alacağı da talep etme hakkına sahip olabilir. Alacaklı da yerine getirilen ifayı kabul etme ve benzeri (örneğin kira sözleşmesinde kiralananı kullandırma borcu) külfetleri üstlenirken üstlendiği külfetin karşılığı olan alacağını talep etme hakkına sahip olur. Sözleşmeye katılan da yanında katıldığı tarafın bu haklarına ve/veya yükümlülüklerine onunla birlikte sahip olur.

I. SÖZLEŞMEYE KATILMA KAVRAMI

Sözleşmeye katılma müessesesi de özünde sözleşmenin taraflarında değişiklik yapmaktadır. Ancak, bu değişiklik sözleşmenin devrinden farklı bir niteliğe sahiptir. Şöyle ki; sözleşmeye katılmada katılmaya konu olan sözleşmeden ayrılan, taraf sıfatını üçüncü kişiye bırakan bir taraf bulunmamaktadır. Sözleşmeye katılmada, sözleşmenin taraflarından birinin yanına eklenen⁵⁷, o kişinin taraf sıfatına onunla birlikte sahip olan bir üçüncü kişi bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle sözleşmeye katılmada sözleşmeden ayrılan bir taraf bulunmamaktadır. Taraflardan birinin yanında sözleşmeye dâhil olan bir üçüncü kişi bulunmaktadır.

Sözleşmeye katılma kavramı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinin ilk fıkrasında "*Sözleşmeye katılma, mevcut bir sözleşmeye taraflardan birinin yanında yer almak üzere, katılan ile bu sözleşmenin tarafları arasında yapılan ve katılanın, yanında yer aldığı tarafla birlikte, onun hak ve borçlarına sahip olması sonucunu doğuran bir anlaşmadır.*" şeklinde açıklanmıştır.

⁵⁶ AYRANCI, s. 120; YAVUZ, s. 275.

⁵⁷ EREN, s. 1256; YAVUZ, s. 281.

Türk Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinin ifadesinden, sözleşmeye katılan açısından sözleşmeye -yanında yer aldığı tarafın tüm hak ve borçlarına birlikte sahip olacak şekilde- dâhil olmayı, sözleşmeye katan açısından sözleşmedeki taraf sıfatını terk etmeyerek yanına katılan kişi ile birlikte bu sıfattan kaynaklanan haklara sahip olması ve yükümlülükleri üstlenmesi anlaşılabilir. Bu yönüyle baktığımızda özünde sözleşmedeki taraflardan birinde taraf oluşturan kişi sayısının artması⁵⁸, sözleşmede bir tarafa iştirak etme söz konusudur. Bu nedenle de tam anlamıyla bir taraf değişikliği sözleşmeye katılma açısından mevcut değildir.

Sözleşmeye katılma müessesesinin, sözleşmenin devri müessesesinden ayrıldığı bir başka nokta ise, taraf sıfatı başlangıçtan itibaren aynı kalan, yanına eklenme gerçekleşmeyen tarafın rızasına ilişkindir. Kanun koyucu, genel olarak 205'inci madde ile paralel yaptığı 206'ncı madde düzenlenmesinde sözleşmede sabit kalan tarafın rızası ile ilgili herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Bu durumda, sözleşmeye taraf olanlardan birinin yanına bir üçüncü şahsı dâhil etmesinin geçerli olması için, sözleşmenin karşı tarafına bir rıza açıklaması sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir.

Madde düzenlemesinde sözleşmeye katılma sözleşmesinin, sözleşmeye katılan ile katılmaya konu olan sözleşmenin taraflarının yaptığı anlaşma ile gerçekleşebileceği düzenlenmiştir (TBK. m. 206/1). Bu hususa madde gerekçesinde de yer verilmiştir.

Rızaya ilişkin olarak bir şart konulmaması ve sözleşmeye katılma sözleşmesinin nasıl yapılacağına ilişkin düzenlemelerden hareketle, sözleşmeye katılma sözleşmesinin bir taraftan katılan ile yanında yer alacağı taraf arasında yapılması diğer taraftan katılanın sözleşmede taraf olmak istediğini sözleşmenin karşı tarafı ile yapacağı bir sözleşmenin kurulması ile mümkün olacaktır.

Başka bir ifadeyle sözleşmeye katılma sözleşmesinin içinde iki sözleşmeyi barındırması⁵⁹ kanun koyucu tarafından istenmiştir. Kanunun ifadesi her ne kadar açık değilse de, amaca uygun yorum yöntemi ile sözleşmede sabit kalan tarafın sözleşmeye katılmaya ilişkin iradesine önem vermek ve sözleşmeye katılan ile sözleşmede sabit kalan taraf arasında da karşılıklı irade açıklamalarının varlığını aramak, maddenin amacına uygun bir yorum olacaktır.

⁵⁸ EREN, s. 1256; ÖZ, s. 622; YAVUZ, s. 281.

⁵⁹ EREN, s. 1256; YAVUZ, s. 281.

Kanun hükmü gereği olarak sözleşmeye katılmanın söz konusu olmasında ise, zaten sözleşmede sabit kalan tarafın sözleşmeye katılmak isteyenine karşı bir irade açıklamasının herhangi bir önemi olmayacaktır. Örneğin, Türk Medenî Kanunu'nun aile konutuna ilişkin olan 194'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasında "aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur" hükmüne yer verilmiştir. Aile konutunun kiralanması durumuna ilişkin olan bu düzenleme tam olarak bir sözleşmeye katılma örneğidir. Kiracı ve kiralayan sıfatında bir değişiklik söz konusu olmamakla birlikte kira sözleşmesine kiracının yanında katılan üçüncü bir kişi (diğer eş) eklenmektedir. Belirttiğimiz düzenlemede sözleşmede sabit kalan tarafın katılmaya ilişkin rızası aranmamış, sözleşmeye katılanın bildiri ile kira sözleşmesinin artık bu üç kişi arasında devam edeceği hükme bağlanmıştır. Üstelik bu kanunî düzenlemeye göre katılma sözleşmesinin, her üç tarafın da bir arada olması koşuluyla gerçekleşmesi de söz konusu değildir. Bu durumda, sözleşmenin sabit tarafının yükümlülükleri, sadece sözleşmeye ilk taraf olana karşı değil, sözleşmeye sonradan katılana karşı da doğmuş olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinde düzenlenmiş ve taraf değişikliği çeşitlerinden biri olarak belirtilmiş olan sözleşmeye katılma, iradi olabileceği gibi kanunî de olabilir. İradi katılmada sözleşmeye katılmanın gerçekleşebilmesi için tarafların (her üç tarafın) iradelerinin açıklanması gerekir. Kanunî katılmada ise, kanun koyucu tarafından belirlenen sınırlar dâhilinde (örneğin bildirim ile) sözleşmeye katılma gerçekleşmiş olur.

II. SÖZLEŞMEYE KATILMANIN HUKUKÎ NİTELİĞİ

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan sözleşmeye katılma, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktaydı.

Sözleşmeye katılmada, sözleşmedeki taraf sıfatı üzerinde bir tasarruf işlemi söz konusu değildir. Zira herhangi bir taraf sıfatının sona ermesi söz konusu değildir. Taraf sıfatlarından birisi üzerinde bir birliktelik kurulmakta, bu taraf sıfatına asıl sözleşmedeki kişinin yanında sözleşmeye katılan da sahip olmaktadır.

Mevcut bir sözleşmede taraflardan birinin yanında onunla aynı hak ve borçlara sahip olarak bu mevcut sözleşmeye katılmak da bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin adı, sözleşmeye katılma sözleşmesidir.

Sözleşmeye katılma sözleşmesinin tasarruf işlemi olduğunu söyleyemeyiz. Çünkü sözleşmeye katılma halinde tarafların mal varlıklarının aktifinde bir eksilme meydana gelmemektedir.

Sözleşmeye katılma sözleşmesi bir taahhüt işlemidir. Zira katılma ile birlikte sözleşmedeki taraf olma sıfatına eklenmek suretiyle üstlenilen borçlar nedeniyle malvarlığının pasifinde artışa konu olan borçlandırıcı işlemler bulunmaktadır. Sözleşmeye katılmanın taahhüt işlemi niteliği mevcut sözleşmedeki taraflar ve aynı zamanda katılan için de söz konusudur.

III. SÖZLEŞMEYE KATILMANIN BENZER HUKUKÎ MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

Gerek Türk, gerek yabancı öğretide kabul gören, borç ilişkilerinde taraf değişikliği meselesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Sözleşmeye katılma müessesesi, kanunda mevcut bazı müesseselere benzerlik göstermesi nedeniyle bu müessesenin, kanunda yer alan benzer müesseselerle karşılaştırılması ve aralarındaki farklara kısaca değinilmesi uygun olacaktır.

1- Borcun Üstlenilmesi ve Sözleşmeye Katılma

Borcun üstlenilmesi, ilk borçlunun ibrası şartıyla yükümlülüğün üstlenilmesi yoluyla yapılabilir. Bu durumda iç üstlenme yoluyla borca katılma söz konusu olacaktır. Bu tür borç üstlenilmesinde iç ilişki açısından ifa üstlenilmesi söz konusudur. Dış ilişki de ise, alacaklı hem ilk borçluya hem de borca katılana borcun ifası için başvurabilecektir. İlk borçlu da borca katılan da alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu olur. Zira buradaki temel amaç ilk borçluyu alacaklıya olan borcundan kurtarmaktır⁶⁰.

Borcun üstlenilmesi, ilk borçlunun yerine yenisinin geçmesi yoluyla da yapılabilir. Bu durumda da ilk borçlunun borcundan kurtarılması söz konusudur. Bu şekilde dış üstlenme yoluyla gerçekleştirilen borcun üstlenilmesi, borcu üstlenen yeni borçlu ile alacaklı arasında yapılan sözleşme ile gerçekleştirilir.

Özetle borcun üstlenilmesi müessesinde devreye yeni bir borçlu girmektedir ve eski borçlu borcundan kurtarılmaktadır.

Sözleşmeye borçlu yanında katılmada ise mevcut bir sözleşmeye borçlunun yanında yer almak üzere katılan üçüncü bir kişi vardır⁶¹.

⁶⁰ ŞENER, Oruç Hami, "Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma", DEÜHFD, Cilt 11, Özel Sayı 2009, s. 1279. Ayrıca çalışmamızın "sözleşmenin devri"ne ilişkin birinci bölümünde de müessese karşılaştırmasına ilişkin olan III-3 numara altında borcun üstlenilmesine ilişkin olarak yapılan açıklamalar da bulunmaktadır.

⁶¹ YAVUZ, s. 283.

Sözleşmeye katılmada sözleşmenin başından beri borçlu olan kişi borcundan kurtulmamaktadır. İlk borçlu, borcunu ifa ile ilgili olarak yanında bir katılan ile birlikte sorumludur. Sözleşmeye katılmaya ilişkin anlaşmada aksine bir hüküm yoksa ilk borçlu ile katılan müteselsil borçlu durumunda olurlar.

Borcun üstlenilmesinde hem ilk borç hem de borcun üstlenilmesiyle ortaya çıkan (borcu üstlenen ve ilk borçlu arasındaki) borç bir arada hayatta olacaklardır. Başka bir ifadeyle ilk borç ve borcun üstlenilmesiyle ortaya çıkan borç birbirine bağımlı olacaktır. Ancak, bu bağımlılık hali borcun üstlenildiği anla sınırlı olacaktır⁶².

Borçlar Kanunu'nun 199'üncü maddesi hükmü doğrultusunda borcun iç üstlenilmesinde üstlenilen borca ilişkin savunmaları ileri sürme hakkı, borcu üstlenmiş olan yeni borçluya geçer. Borcun üstlenilmesi, dış üstlenme yoluyla yapılmışsa yeni borçlu, tarafların sözleşme ile aksine anlaşma yapmaları hariç önceki borçlunun ileri sürebileceği savunmalarda bulunamaz. Ancak, sözleşmeye katılma durumunda sözleşmeye katılan, yanında katıldığı tarafın tüm hak ve borçlarına sahip olur.

Borcun üstlenilmesine ilişkin kanunda belirlenen kategorilerden iç üstlenme, dış üstlenme ve malvarlığının veya işletmenin devralınması durumlarındaki borcun üstlenilmesinde daha önceden de açıklandığı gibi taraf sıfatlarının tamamen geçişi söz konusudur. Oysa sözleşmeye katılmadan söz edebilmek için bir taraf eklenmesi söz konusu olmalıdır. Bu nedenle de 'borcun üstlenilmesi' ve 'sözleşmeye katılma' karşılaştırmasını "borca katılma" yoluyla gerçekleştirilen borcun üstlenilmesi hali ile yapmak daha yerinde olacaktır.

Belirttiğimiz üzere sözleşmeye katılmada bir tarafın yanında yer almak üzere sözleşmeye katılan yeni bir kişi bulunmaktadır. Bu üçüncü kişinin sözleşmeye katılması sözleşmenin herhangi bir tarafının (alacaklı veya borçlu) yanında olabilir. Ayrıca sözleşmeye katılma sözleşmesi, katılan ile mevcut sözleşmenin tarafları arasında kurulan yeni bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile birlikte katılan üçüncü kişi, yanında katıldığı kişinin hak ve borçlarına onunla birlikte sahip olacaktır.

Oysa borca katılma yoluyla gerçekleştirilen borcun üstlenilmesinde durum tamamen farklıdır. Borca katılmada, katılma sadece borç için ve borçlu yanında gerçekleşmektedir. Katılanın borçtan sorumluluğu mevcut borçlu ile

⁶² ŞENER, s. 1285.

birlikte sürse de borca katılmaya ilişkin anlaşma sadece katılan ile alacaklı arasında yapılmaktadır (TBK. m. 201).

Şu halde; yegâne benzerlikleri borca katılma ve sözleşmeye katılmanın taahhüt işlemi olması noktasında gerçekleşen müesseseleri birbirinin yerine ikame edebilmemiz mümkün değildir.

2- Kefalet ve Sözleşmeye Katılma

Bir çeşit kişisel teminat olan kefalet, teminat alacaklısına borçlunun malvarlığı yanında teminat verenin kişisel malvarlığına yönelmeye ilişkin alacak hakkı tanır⁶³. Borçlar Kanunu'nun ikinci kısmının on beşinci bölümünde düzenlenen kefalet sözleşmesinin tanımı 581'inci maddede şu şekilde yapılmıştır: “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.”.

Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere kefil, borçlu için bir taahhüde girmektedir. Kefilin bu taahhüdü, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından şahsen sorumlu olmayı üstlenmesi şeklindedir⁶⁴. Borçlunun borcunun teminat altına alınması olarak nitelendirebileceğimiz kefalet sözleşmesinde teminat altına alınan borca ilişkin bir sınırlama vardır. Bu sınırlama asıl borcun para borcu ya da para borcuna dönüşebilen bir borç olmasıdır⁶⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 581'inci maddesinde yapılan tanıma göre kefalet sözleşmesinin taraflarının alacaklı ve borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarını üstlenen kefil olduğu aşikârdır. Asıl borçlu ile kefil arasında kefalet sözleşmesi akdedilmediği gibi, asıl borçlu, kefil ve alacaklı arasında kurulan kefalet sözleşmesinin tarafı da değildir⁶⁶. Başka bir ifadeyle kefalet sözleşmesinde üçlü bir ilişki bulunmamaktadır.

Bu açıklamalarımızdan hareketle sözleşmeye katılma ile kefalet arasında karşılaştırma yaptığımızda yine müesseseleri birbirine benzetemeyeceğimiz

⁶³ KUNTALP, Erden, “Teminat Kavramı-Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 280 vd.; DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 11 vd.

⁶⁴ REİSOĞLU, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 2; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2012, s. 284.

⁶⁵ GÜMÜŞ, Cilt II, s. 285.

⁶⁶ GÜMÜŞ, Cilt II, s. 286.

sonucuna varabiliriz. Şöyle ki; kefalet sözleşmesi sadece alacaklı ve kefil arasında akdedilirken, sözleşmeye katılma sözleşmesi sözleşmenin mevcut tarafları ile bu sözleşmeye taraflardan birinin yanında katılan üçüncü kişi arasında akdedilmektedir.

Kefalet sözleşmesinde herhangi bir şekilde üstlenilen bir taraf sıfatı bulunmamaktadır. Zira kefalet sözleşmesi ile alacaklı veya borçlu olma gibi bir sıfat değil kefil olma sıfatı söz konusudur. Kefil sıfatıyla üstlenilen ise, borçlunun borcunu ödememesinin sonuçlarıdır. Bu sonuçlara borcun ödenmesi, borçlunun borcunu ödememesinden dolayı alacaklının boşa çıkan ifa menfaatine dayalı zararları da dâhil olacaktır. Sözleşmeye katılmada ise, sözleşmedeki bir tarafın yanında onunla aynı taraf sıfatına sahip olarak bu taraf sıfatından kaynaklanan hak ve borçlara sahip olunmaktadır.

Kefalet sözleşmesinde teminat altına alınan bir borç söz konusudur ve bu borç para ya da para ile ölçülebilen bir borç olacaktır. Sözleşmeye katılmada ise hak ve borçlara ilişkin bir sınırlama söz konusu değildir.

Kefalet için kendisine kefil olunan borçlunun irade açıklamasına ihtiyaç duymayan kanun koyucu sözleşmeye katılmada hem katılanın hem sözleşmenin taraflarının irade açıklamalarını aramaktadır.

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, geçerli bir asıl borç bulunmalıdır. Sözleşmeye katılma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, katılmadan önce mevcut olan bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir.

3- Garanti ve Sözleşmeye Katılma

Garanti sözleşmesi ile sözleşmeye katılma sözleşmesi arasındaki en temel fark kendisini ilk olarak Borçlar Kanunu'nda düzenlenmeleri bakımından göstermektedir. Borçlar Kanunu'nda garanti sözleşmesi özel olarak düzenlenmemişken, sözleşmeye katılma sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinde düzenlenmiştir.

Garanti sözleşmesi, öğretide garanti verenin garanti alanın karşı karşıya olduğu belirli bir ekonomik rizikoyu, bağımsız olarak sorumlu olacak şekilde üzerine almayı taahhüt ettiği bir sözleşmedir şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁷. Kefaletin aksine garantinin sınırının önceden belirlenmesi bir zorunluluk olmamakla birlikte, hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüte neden olmayacak şekilde belirlenebilir nitelikte olması gerekir⁶⁸.

⁶⁷ DEVELİOĞLU, s. 34 vd.; GÜMÜŞ, Cilt II, s. 447; YAVUZ, s. 283.

⁶⁸ “Bir sözleşmenin geçerli olması için konusunun belli veya sınırlı olması gerekir. Bu durum

Garanti sözleşmesinin şekline ilişkin bir düzenleme yoktur. Şu halde garanti sözleşmesinin geçerliliği kural olarak herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak, kanun koyucu sözleşmeye katılma sözleşmesi için katılmaya konu olan asıl sözleşmenin şeklini geçerlilik koşulu saymıştır ve bunu emredici nitelikte bir düzenleme ile Türk Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında açıkça dile getirmiştir.

Garanti sözleşmesinde kararlaştırılan rizikonun gerçekleşmesinin sonucu olan olumsuz durumun karşılığı olan belirli veya belirlenebilir parasal bir değer garanti veren tarafından karşılanmaktadır. Başka bir ifadeyle garanti veren, garanti ettiği rizikonun gerçekleşmesiyle ortaya çıkan zararı karşılamaktadır⁶⁹. Şu halde garanti sözleşmesi için olumsuzun üstlenilmesinin konu edilmesine karşın sözleşmeye katılmada katılmaya konu olan sözleşmedeki yanında katılma gerçekleştirilen tarafın sahip olduğu hak ve borçların sahipliği söz konusudur. Sözleşmedeki hak ve borçlara sahip olmak sadece olumsuzu değil aynı zamanda olumluyu da içine almaktadır.

IV. SÖZLEŞMEYE KATILMANIN ŞARTLARI

Bir tasarruf işlemi olan sözleşmeye katılmayla yanında yer alınan tarafla birlikte aynı hak ve borçlara sahip olunur. İşte katılmaya konu olan bu hak ve borçların konusunu oluşturduğu bir sözleşme bulunmalıdır. Geçerli bir sözleşme bulunmadığı sürece kendisine katılma gerçekleştirilecek bir sözleşmenin bulunmaması nedeniyle sözleşmeye katılma sözleşmesi de meydana gelmeyecektir.

Kanunda öngörülen sınırlar içinde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile meydana gelen sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmaması ve imkânsız bir konu hakkında olmaması gerekir (TBK. m. 26, 27). Elbette ki bu sözleşmenin kanunda aranan şekil şartına da uygun olması gerekir (TBK. m. 13).

garanti sözleşmesi için de geçerlidir. Belirsiz bir durumun garanti edilebilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle de garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte olması gerekir. Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiğinden söz etmek, boyutları belli olmayan bir edimin garantisini anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz." Şeklinde Yargıtay'ın oturmuş nitelikte içtihatları bulunmaktadır. Örneğin, Yargıtay HGK, 04.07.2001 tarih, 2001/19-534 E., 2001/583 K. sayılı kararı; Yargıtay HGK, 10.04.2002 tarih, 2002/19-183 E., 2002/217 K. sayılı kararı (www.kazanci.com).

⁶⁹ REİSOĞLU, Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, s. 154, 155; YÜCE, Melek Bilgin, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007, s. 117.

Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesindeki yeni düzenleme ile birlikte karşılaştığımız "sözleşmeye katılma"nın gerçekleşmesi için bir takım şartlar öngörülmüştür.

1- Taraf İradelerinin Ortaya Konması

Sözleşmeye katılma sözleşmesinde, yanına bir üçüncü kişinin dâhil olduğu tarafın sahip olduğu hak ve yükümlülükler, sözleşmeye dâhil olan taraf da katılmaktadır. Bu nedenle yanına üçüncü kişinin katıldığı taraf ile katılan arasında bir hukukî işlemin yapılması gerekecektir. Bu hukukî işlem de kanunun açık ifadesi karşısında katılmaya konu olan sözleşmedeki şekil şartına uyularak yapılacaktır. Maddenin ifadesi her ne kadar açık değilse de, sözleşmenin bir tarafı ile katılan arasında yapılan bu sözleşmenin, sözleşmenin karşı tarafını bağlaması için, bir diğer ifadeyle onun açısından hüküm ifade etmesi için, ikinci bir hukukî işleme gerek olduğu kanısındayız. Bu hukukî işlemin sözleşmeye taraflardan biri yanında katılan ile sözleşmenin karşı tarafı arasında olması gerekecektir. Böylece sözleşmedeki karşı taraf, hak ve yükümlülüklerini hem ilk sözleşmedeki taraf olana hem sözleşmede sonradan yer alan tarafa karşı ileri sürebilecektir.

Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinin 1'inci fıkrasının yorumundan, kanun koyucunun burada katılan ile katılanın yanında yer alan taraf arasında kurulan sözleşmeye, sözleşmenin diğer tarafının onayı ile yetinmediği anlaşılmaktadır. İfadede kullanılan "katılan ile sözleşmenin tarafları arasında yapılan bir sözleşmedir" ibaresinden katılanın sözleşmenin tarafları ile sözleşme yapması istenmektedir. Bize göre, maddenin ifadesini sözleşmeye katılmanın hüküm ve sonuç yaratması için katılanın hem yanında yer aldığı taraf ile hem sözleşmenin karşı tarafı ile bir sözleşme yapmasının istendiği şeklinde yorumlamak gerekir. Sözleşmelerde öncelik sırası, katılan ile yanında yer aldığı taraf arasındadır. Bu sözleşmenin herhangi bir nedenle (irade sakatlığı, ahlâk adaba aykırılık, emredici kurallara aykırılık) sakat olması halinde, katılanın, sözleşmenin karşı tarafı ile yaptığı sözleşmeyi geçersiz hale getirecektir.

Ancak, şunu da unutmamak gerekir ki; sözleşmeye katılmaya ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesindeki düzenlemesinden önce, önceden akdedilmiş bir sözleşmeye taraf olma imkânı veren bazı kanun hükümleri bulunmaktaydı. 206'ncı madde hükmü bu hükümleri kaldırmamıştır. Bu nedenle de bu çeşit hükümlerde sözleşmeye katılma için her üç tarafında bir arada olması şartı her zaman söz konusu olmayacaktır. Kaldı ki; bu çeşit

düzenlemelere dayanan sözleşmeye katılma, iradi değil, kanun hükmü gereği olduğu için ait oldukları kanun düzenlemesi doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerekecektir. Söz gelimi Türk Medenî Kanunu'nun 194/4'üncü maddesinden veya benzer hüküm olan Türk Borçlar Kanunu'nun 349/3'üncü maddesinden hareketle kira ile sağlanmış olan aile konutu eşlerden biri tarafından sağlanmışsa, diğer eşin aile konutunun kiraya verenine yapacağı bir bildirim bu eşin sözleşmeye katılmasına olanak sağlayacaktır. Diğer eş, kiralayana yapacağı bildirimle birlikte kira sözleşmesine katılmış olacak, kiracı sıfatına sahip olan eşi ile birlikte kendisi de kiracı sıfatına sahip olacaktır.

2- Tarafların Müteselsil Borçluluk ve Alacaklılık Hakkında İrade Açıklamaları

Kanun koyucu Borçlar Kanunu'nun 206/2'nci maddesi “Anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar.” şeklindedir.

Maddenin yorumundan hükmün emredici nitelikte olmadığı görülmektedir. Kanun koyucu bu konu ile ilgili olarak tarafların yaptıkları sözleşmede alacaklı ve borçlu olma durumunda bir irade açıklamasında bulunmamaları halinde, onların iradesini tamamlamıştır. Madde bu haliyle yedek bir hukuk kuralı niteliğindedir. Ancak, tarafların konuya ilişkin bir irade açıklamaları varsa, mutlaka bu tercihlerini sözleşmeye katılma sözleşmesinin akdedilmesi sırasında açıklamaları gerekmektedir. Aksi halde kendilerine tanınmış olan imkânı kullanmamalarından dolayı Türk Borçlar Kanunu'nun 206/2'nci maddesi uygulama alanı bulacaktır.

Tarafların sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı tarafın katılan ile birlikte müteselsil alacaklı ve borçlu olmaları hakkındaki tercihlerini belirleyebileceklerini düzenleyen kanun koyucu, bu konudaki tercihin kim tarafından kullanılacağını açıkça ifade etmemiştir. Bununla beraber maddenin yorumunda “anlaşmada aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf, sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar” ifadesine yer verildiğine göre ve sözleşmeye katılma sözleşmesinin taraflarının mevcut sözleşmedeki taraflar ile katılan taraf olduğu hususu da açık olduğuna göre müteselsil alacaklılık ve borçluluk konusundaki tercih her üç taraf arasında karşılıklı iradeleriyle şekillenecektir.

V. SÖZLEŞMEYE KATILMADA ŞEKİL

Sözleşmelerin şekline ilişkin genel kural, Türk Borçlar Kanunu'nun 12'nci maddesinde "1- Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. 2- Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz." şeklinde belirlenmiştir.

Bu genel kuraldan hareketle sözleşmeye katılmaya ilişkin şekli belirlemek için Türk Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinin düzenlemesini irdelemek gerekmektedir. Maddenin 3'üncü fıkrasında sözleşmeye katılmanın geçerliliği için gerekli şeklin katılmaya konu olan sözleşmenin şekli ile aynı şekil olması gerektiği belirtilmiştir.

Katılmaya konu olan sözleşme ile ilgili özel bir şekil şartı yoksa sözleşmeye katılma sözleşmesinin şekli de bir şekil şartına bağlı olmayacaktır. Kanunda belirlenmiş özel bir şekil şartı bulunmama ile birlikte, sözleşmeye katılma sözleşmesi için önceden katılma konusu sözleşmenin tarafları kendi aralarında bir şekil şartı benimsemiş olabilirler. Bu durumda iradi olarak şekil şartı belirlenmiş olacaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 17'nci maddesinde sözleşmelerin iradi şekli hakkında şu ifadeler yer verilmiştir; "1- Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz. 2- Herhangi bir belirleme olmaksızın yazılı şekil kararlaştırılmışsa, yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanır." Şu durumda katılmaya konu olan sözleşmenin özel bir şekil şartına tâbi olmaması ve katılmaya konu olacak sözleşmenin taraflarının şekil şartı belirlemek yolunu tercih etmeleri halinde sözleşmeye katılma sözleşmesi bu şekil şartına uygun olarak gerçekleştirilmelidir.

VI. SÖZLEŞMEYE KATILMANIN SONUÇLARI

Sözleşmeye katılmanın en önemli sonuçlarından birisi sözleşmenin devrinin aksine mevcut taraflardan birinin taraf sıfatına son verilmemesidir. Yanına katılma gerçekleşen taraf sıfatı katılan ile birlikte sürdürülmektedir (TBK. m. 206/1).

Sözleşmenin devrinde olduğu gibi katılmaya konu sözleşme de varlığını sürdürecektir.

Sözleşmeye katılan taraf hangi tarafla birlikte sözleşmeye katılmışsa onunla birlikte onun hak ve borçlarına sahip olacaktır. Katılan tarafın

bu hak ve borçlara sahip olması sözleşmeye katılma sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa yahut herhangi bir kararlaştırma bulunmamaktaysa müteselsil alıcılık ve müteselsil borçluluk şeklinde olacaktır (TBK. m. 206/2).

Alacaklar ve borçlar bakımından düzenleme bulunmasına karşın yenilik doğuran haklar bakımından bir düzenleme Borçlar Kanunu'nun 206'ncı maddesinde düzenlenmemiştir. Bu sorun Öz tarafından şu şekilde çözümlenmiştir: Öz, A ve B arasındaki satım sözleşmesine C'nin alıcı yanında katıldığını, B'nin temerrüde düşmesi üzerine sözleşmeden dönme hakkının alıcı sıfatına sahip olan A ve C tarafından tek başına mı, yoksa anlaşarak mı kullanılacağına belirsiz olduğunu ve aynı belirsizliğin seçimlik borçlarda seçim yetkisi, bakımından da söz konusu olacağını örnek olarak göstermiştir⁷⁰. Yenilik doğuran haklardan kaynaklanan bu tarz sorunların çözümü için Öz; eşya hukukundaki paylı mülkiyette paydaşların yönetim ve tasarrufuna ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 689-693'ncü hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁷¹.

Sözleşmeye katılmanın varlığı halinde; sözleşmeye yanında katılma gerçekleştirilen (asıl sözleşmedeki taraf) kişinin ölümü halinde sözleşmenin sona ermesi söz konusu olmayacaktır. Zira bu şekildeki bir ölüm halinde, sözleşmeye katılan ve yanında katıldığı kişi ile birlikte aynı hak ve borçlara sahip olan kişi ve sözleşmede sabit kalan kişi arasında sözleşme varlığını sürdürecektir.

Sözleşmeye katılma sözleşmesi, ilk borç için verilen kefalet ve rehinlere olumsuz bir tesirde bulunmayacak, ilk borç için verilen kefalet ve rehinler devam edecektir⁷².

SONUÇ

Çalışmamızın konusu olan sözleşmede taraf değişikliği sonucunu doğuran “sözleşmenin devri” ve “sözleşmeye katılma” müesseseleri ilk kez ülkemizde 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir.

Hem sözleşmenin devri hem sözleşmeye katılma sözleşmesi yapılabilmesi için öncelikle mevcut bir sözleşmenin olması gerekir. Zira devir veya katılma ancak mevcut, geçerli bir sözleşmenin kurulmuş olmasından sonra söz konusu olabilir.

⁷⁰ Öz, s. 623.

⁷¹ Öz, s. 623.

⁷² YAVUZ, s. 284.

Sözleşmenin devrinde mevcut sözleşmedeki taraflardan birisinin taraf sıfatı tamamen üçüncü bir kişiye devredilmekte ve devreden açısından bu taraf sıfatı sona ermektedir. Sözleşmeye katılmada ise, mevcut sözleşmedeki taraflardan birisinin taraf sıfatına bir ekleme yapılmaktadır. Sözleşmeye katılmada, taraf sıfatı sona eren kimse yoktur. Sadece taraflardan biri mevcut sözleşmeye yanında katılan kişi ile birlikte taraf sıfatına sahip olmaktadır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda ilk defa yer alan bu müesseselerin düzenlenmesinden önce uygulamada başkaca müesseseler (alacağın devri, borcun üstlenilmesi, kefalet gibi) tercih edilmekteydi. Ancak çalışma konumuza ilişkin düzenlemelerle bu müesseseleri karşılaştırdığımızda birbirlerine benzer yönlerinin bulunmasına karşın farklılıklarının çok daha fazla olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle de 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile birlikte getirilmiş olan “sözleşmenin devri” ve “sözleşmeye katılma”ya ilişkin düzenlemelerin yerinde olduğuna şüphe yoktur.

Kanun koyucu hem sözleşmenin devri sözleşmesinin hem sözleşmeye katılma sözleşmesinin şeklini devre ve katılmaya konu olan sözleşmenin şekline bağlamıştır. Şekil şartına ilişkin bu kural emredici nitelikte düzenlenmiştir.

Sözleşmenin devri ve sözleşmeye katılma hakkında genel olarak birbirine paralel düzenleme yapmayı tercih etmiş olan kanun koyucu, sözleşmenin devrinde sözleşmede kalan tarafın rızasının izin yahut onay yoluyla gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir. Buna karşılık sözleşmeye katılmada sözleşmedeki taraf sıfatına ekleme olmayan (sabit kalan) tarafın rızası bakımından izin yahut onay imkânı vermemiştir. Bu nedenle de kanun koyucunun sözleşmeye katılmada mevcut sözleşmenin tarafları ile sözleşmeye katılan tarafın irade açıklamalarının varlığını aramıştır.

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU, Kevork**, Borçlar Kanunu'nun 179'uncu Maddesine Göre Malvarlığı veya Ticari İşletmenin Devri, Doçentlik Tezi, İstanbul 1971.
- AKİPEK, Şebnem**, Alt Vekâlet, Ankara 2003.
- AKKANAT, Halil**, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul 2000.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012.
- AYİTER, Kudret**, Medenî Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953.
- AYRANCI, Hasan** , Sözleşmenin Yüklenilmesi (Devri), Ankara 2003.
- DEMİR, Mehmet**, Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2012.
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat**, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- EREN, Fikret**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.
- EROL, Yasemin**, Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri, Kırkkale 2003.
- FRANKO, Nisim**, “Alacağın Temliki”, AÜSBFD, Cilt 49, S. 1, Yıl 1994.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I-II, İstanbul 2012.
- GÜNAY, Cevdet İlhan**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.
- KAHVECİ, Nalan**, Alt Kira ve Kiranın Devri, İzmir 2005.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Borçlar Hukuk Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), Ankara 2012.
- KOYUNCUOĞLU, Tennur**, Türk-İsviçre Hukukunda Borcun Yenilenmesi, İstanbul 1972.
- KUNTALP, Erden**, “Teminat Kavramı-Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk”, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995.

- NOMER, Halûk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2011.
- Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2013.
- REİSOĞLU, Seza**, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963.
- REİSOĞLU, Seza**, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992.
- ŞENER, Oruç Hami**, “Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma”, DEÜHFD, Cilt 11, Özel Sayı 2009.
- TUNÇOMAĞ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 1976.
- Türk Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 1977.
- UYGUR, Turgut**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I, Ankara 2012.
- YAVUZ, Nihat**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2012.
- YÜCE, Melek Bilgin**, Garanti Sözleşmesinin Bir Türü Olarak Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Sözleşmesi, İstanbul 2007.
- YÜCER, İpek**, “Alt Kira”, AÜHFD, Cilt 57, S. 3, Yıl 2008.

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
bkz.	: bakınız
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
m.	: madde
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
vd.	: ve devamı

6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU'NUN LİMİTED ŞİRKET GENEL KURULUNA İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Abdullah ERDOĞAN*

ÖZET

1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren 6102 Türk Ticaret Kanunu ile getirilen değişiklikler limited şirket genel kurulunu da etkilemiştir. Öncelikle ortaklar umumi heyeti ifadesi bir kenara bırakılarak limited şirket genel kurulu ifadesi kullanılmaya başlanmıştır. Ayrıca anonim şirket hükümlerine yapılan atıflarda ortak sayısının referans alınması kuralı terk edilerek, atıf konu itibariyle gerçekleşmiştir. 6102 Sayılı TTK ile genel kurul toplantılarının çevirim içi toplanabileceği de mümkün kılınarak yeni Kanun'un teknolojik gelişmelere ayak uydurabilmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızda limited şirket genel kuruluna ilişkin 616 vd. hükümleri ayrıntılı bir şekilde açıklanmaya çalışılmış ve bu amaçla genel kurulu toplantıya çağrı, genel kurula katılma ve oy hakkı, toplantı ve karar yeter sayıları incelenmiştir. Açıklamalarımızın gerçekleştirilmesinde TTK'nin çok kısa bir süre önce yürürlüğe girmesi sebebiyle özellikle mehaz İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerinde kıyas yapılarak kaynak kanundan yararlanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Limited Şirket, Genel Kurul, Genel Kurula Katılma ve Oy Hakkı, Toplantıya Çağrı, Toplantı ve Karar Yeter Sayıları

AN ASSESSMENT OF THE RULES ABOUT LIMITED LIABILITY COMPANIES ACCORDING TO TURKISH COMMERCIAL CODE NUMBERED 6102

ABSTRACT

Changes having been brought by Turkish Commercial Code numbered 6102 inured on 1st of July, 2012 has effected general assembly of limited liability companies. First of all the term used for general assembly and attribution rules has changed. In old TCC attribution used to done by using number of shareholders; however, in new Code, attribution is done only a few topics in the light of Code without looking number of shareholders. In new TCC, for catching up with technological improvements, online general assembly is also available now.

* Yrd. Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

In our work, we want to explain the articles started 616 and for achieving this aim subjects like invitation, joining and voting rights, quorum will be explained. Because TCC has inured more recently, it is benefited from referred Code: Swiss Obligation Code.

Keywords: *Limited Liability Companies; General Assembly; Joining and voting Rights, Invitation, Quorum.*

A. Genel Olarak

6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 536 ila 539. maddeleri arasında düzenlenen limited şirket genel kurulu, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 616 ila 622. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında, öncelikle 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe giren 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda limited şirket genel kurulunun daha detaylı düzenlendiğini söylemek mümkündür. Ayrıca Eski TTK'de limited şirket genel kurulu "ortaklar umumi heyeti" olarak düzenlenmekte iken TTK'de kanımızca dilde modernleşme sağlanabilmesi açısından "genel kurul" ifadesinin kullanılması isabetli olmuştur.

Limited şirketlere uygulanacak TTK hükümleri bakımından da her iki kanun arasında büyük farklılıklar söz konusu olduğunu belirtmek gerekir. Şöyle ki, Eski TTK'de ortak sayısına göre bir ayırımın varlığı söz konusu olup, ortak sayısının yirmiden fazla olduğu limited şirketlerin genel kurulları hakkında anonim şirket genel kuruluna ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmekte idi. Oysa TTK'de, ortak sayısına göre yapılmış bu ayırım bir kenara bırakılarak TTK'de öngörülen bazı konulara münhasır olmak kaydıyla anonim şirket genel kurullarına ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Konu itibariyle anonim şirket genel kuruluna ilişkin hükümlere atfın yapıldığı TTK m. 617/3 hükmü bu duruma en iyi örnektir. Gerçekten, Eski TTK'deki ortak sayısına göre yapılan ayırımın aksine, toplantıya çağrı, azlığın çağrı ve öneri hakkı, gündem, öneriler, çağrısız genel kurul ("*Universalversammlung*"), hazırlık önlemleri, tutanak, yetkisiz katılma gibi konularda anonim şirketlere ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmesi kanun koyucu bakımından yeni bir yaklaşımın kabul edildiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Limited şirket genel kurulu, limited şirketin kanunen zorunlu organıdır. Zira TTK m. 1534/1'e göre kenar başlıkları metne dâhil olduğundan,

“Şirketin Organları” başlığının alt başlığında “A) Genel Kurul” denilmek suretiyle genel kurulun, limited şirketin zorunlu organlarından biri olduğu sonucuna ulaşmak mümkün olacaktır. Ancak burada genel kurul ifadesinden anlaşılması gerekenin, pay sahiplerinin bütünü değil, kural olarak sadece hazır bulunanların katılımı ile gerçekleşen genel kurul toplantısının kendisi olduğunun da belirtilmesi gerekir¹. Ayrıca TTK m. 616/1’de “Genel kurulun devredilmez yetkileri şunlardır:” hükmü de genel kurulun limited şirketin zorunlu bir organı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Şöyle ki, TTK m. 616’da düzenlenen yetkiler, genel kurula “devredilmez” nitelikte bahşedilen yetkiler olduğundan, bu yetkilerin başka bir organ tarafından kullanılması söz konusu olamayacak ve bu da genel kurulu limited şirket için olmazsa olmaz hale getirecektir.

Limited şirket genel kurulu ayrıca temel kararların alındığı bir karar organıdır². TTK m. 616/1, (j)’de genel kurulun kanun veya şirket sözleşmesi ile yetkilendirildiği ya da müdürlerin genel kurula sunduğu konularda genel kurulun karar vereceğinin belirtilmesi de, onun bu niteliğini açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca genel kurul adından da anlaşılacağı gibi bir “kurul”

¹ Doktrinde baskın görüşe göre genel kurulun organ sıfatının kabulü için bkz. Heidelberger Kommentar zum GmbH-Recht/*Fichtelmann, Helmar, C.F. Müller*, 6. Bası, 2006 Heidelberg, § 45 Rn. 1, 6; Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Winter, Martin/*Hüffer, Uwe*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar, Mohr Siebeck, 2008 Tübingen, Rn. 3, § 45 Rn. 6; aynı yazar, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 521, 524; *Meyer-Landrut, Joachim/Müller, Georg/Niehus, Rudolf*, Kommentar zum GmbH – Gesetz, Otto Schmidt, 1987, Köln, Rn. 2; *Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger*, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Bası, Verlag Franz Vahlen, 2010 München, § 31 Rn. 1 vd.; Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred/*Zöllner, Wolfgang*, Beck’sche Kurz-Kommentare, GmbH-Gesetz, 20. Bası, Beck Verlag, 2013 München, Rn. 2, § 45 Rn. 4; farklı görüş için bkz. Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter/*Bayer, Walter*, GmbH Gesetz Kommentar, Beck Verlag, 18. Bası, 2012 München, § 45 Rn. 2; Rowedder, Heinz/Schmidt-Leithoff, Christian/*Koppensteiner, Hans-Georg*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Kommentar, 5. Bası, Franz Vahlen, 20013, München, § 45 Rn. 3; Michalski, Lutz/*Römermann, Volker*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 2. Bası, Beck Verlag, 2010 München, Rn. 8, § 45 Rn. 12; *Roth, Günter H./Altmppen, Holger*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) Kommentar, 7. Bası, Beck Verlag, 2012 München, § 45 Rn. 2; *Scholz/Schmidt, Karsten/Seibt, Cristoph H.*, GmbHG, Otto Schmidt Verlag, 2012 Köln, Rn. 1, § 45 Rn. 5; Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 2. Bası, Köln 1991, § 36 I 1 a; Schmidt, Karsten, Gesetzliche Formenstrenge bei GmbH-Beschlüssen? Zur Deutung des § 48 GmbHG durch das BGH-Urteil vom 16.1. 2006, NJW 2006, 2599, 2601; Münchener Handbuch GmbH/*Wolff, Reinmar*, 4. Bası, Beck Verlag, 2012 München, § 36 Rn. 1.

² Karar organı hakkında bkz. AKÜNAL, Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1995, s. 37; ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s. 95.

organ olup fert organ şeklinde faaliyette bulunmaz³. Ancak TTK ile getirilen en önemli değişikliklerden biri de tek kişilik limited şirket olduğundan, bu durumda genel kurulun fert organ niteliğini haiz olup olmadığı tartışılabilir. Ancak, TTK m. 616/3'te, tek ortaklı limited şirketlerde bu ortağın "genel kurulun" tüm yetkilerine sahip olduğunun belirtilmesiyle, yine ortada tek kişiden ibaret olsa da bir genel kurulun varlığının kabulü gerekmektedir⁴.

Genel kurul, her ne kadar müdürlerin atanmaları ve görevden alınmalarının gerçekleştiği organ olsa da bu durum genel kurulu müdürlere nazaran bir üst organ haline getirmez. Zira YTTK m. 616'nın gerekçesinde organlar arasında bir işlevler ayrılığı ilkesinin egemen olduğu belirtilmek suretiyle altlık-üstlük ilişkisinin söz konusu olmadığı açıkça belirtilmiştir⁵. TTK m. 625/2'ye göre müdürlerin bazı hususları genel kurulun onayına sunmaları gerekliliği de bu işlevler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir⁶. Çünkü müdürlerin yaptıkları her işlemi yahut aldıkları her kararı genel kurulun onayına sunmaları gerekliliği söz konusu olmayıp, genel kurulun onayına sunulacak hususlar "belirli kararlar" yahut "münferit sorunlar" ile sınırlı tutulduğundan, organlar arasında mütemadi bir hiyerarşiden söz etmek kanımızca da isabetli değildir. Ancak mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 804. maddesinin 1. fıkrasında "*oberstes Organ*" ifadesi ile genel kurulun "en üst organ" olduğu belirtilmiştir. Kanun koyucunun bu açıdan bakıldığında mehaz kanundan farklı bir düzenleme öngördüğü açık olup, kanımızca gerekçede anılan nedenlerle de organlar arasında hiyerarşik bir ilişkinin değil, işlevler

³ Kurul organ hakkında ayrıca bkz. AKÜNAL, s. 37; ÖZTAN, s. 100.

⁴ Tek kişilik limited şirket için bkz. TEKİNALP, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 403.

⁵ **Gerekçe Madde 616:** 6762 sayılı Kanunun 539 uncu maddesinde olduğu gibi genel kurulun devredilemez yetkilerini değişik bir sistem bağlamında düzenlemektedir. Devredilemeyen yetkiler organsal yapıya ve ortak haklarına aittir. Böylece, organlararası işlevler ayrımı kanunî düzen niteliğini kazanmaktadır. Çünkü, 625 inci madde de aynı sistem müdürler için öngörülmüştür. Organlararası altlık üstlük anlayışını reddeden 6762 sayılı Kanun ve Tasarı genel kurul için üst organ sıfatını kullanmayarak işlevler ayrımı ilkesinde İsv. BK'ya nazaran daha nettir. Gerçi İsviçre öğretisinde üst organ sıfatının işlevler ayrımını bertaraf etmediği açıklanır. Ancak nitelendirmenin yorum güçlüklerine yol açtığı da görmezden gelinmeyecek bir olgudur. Hükümde iki sınıf yetki yer almıştır. Birinci sınıfta kanunen devredilemez nitelikteki yetkiler sayılmıştır. İkincisinde ise bu niteliği şirket sözleşmesi ile alan yetkiler gösterilmiştir. Hükümün ikinci fıkrasında yer alan yetkiler, ancak şirket sözleşmesinde öngörülmüşlerse bu niteliği kazanırlar. İkinci sınıfa giren bir konunun, şirket sözleşmesinde, genel kurul tarafından karara bağlanacağına hüküm altına alınmış olması yeterlidir; yoksa yetkinin devredilemez nitelik taşıdığına belirtilmesi şart değildir.

⁶ AKBAY, Direnç, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre, Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 29.

ayrılığı ilişkisinin söz konusu olduğunu söylemek mümkündür. Zira kanun koyucunun TTK m. 616'da mehz kanununun ilk fıkrasına yer vermeyip, bu hükmü mehz kanununun 2. fıkrası ile başlatması da organlar arasındaki hiyerarşik ilişkinin kasıtlı olarak bir kenara bırakıldığını kanıtlar niteliktedir.

Genel kurul ile müdürler arasındaki ilişkinin işlevler ayrılığı ilkesi temeline dayandığının kabulünün bir sonucu olarak bu işlevlerden hangilerinin genel kurula “devredilmez yetki” olarak bahşedildiği de belirtilmelidir. TTK m. 616'da bentler halinde yer alan yetkiler bakımından TTK ile mehz kanun arasında son derece önemli farklılıklar olduğunu belirtmemiz gerekir. Şöyle ki, TTK m. 616'da devredilmez yetkiler, şirket sözleşmesinde öngörülmesi halinde genel kurulun devredilmez yetkilerinden sayılacak hususlar ile şirket sözleşmesinde öngörülme koşulu olmadan genel kurulun devredilmez yetkilerinde sayılacak hususlar olmak üzere ikili bir tasnife tâbi tutulmuştur. Söz konusu hükmün 1. fıkrasının (j) bendinde konu sınırlaması olmaksızın şirket sözleşmesiyle yetkilendirilmek kaydıyla her hususun, genel kurulun devredilmez yetkilerinden olacağı kararlaştırılabilecek iken; aynı hükmün 2. fıkrasında ise sadece sayılan 6 bentte yer alan konularda şirket sözleşmesiyle genel kurula devredilmez yetkiler tanınabileceği anlamı çıkmaktadır. Aynı hükmün fıkraları arasındaki bu çelişki mehz kanunda söz konusu değildir. Çünkü mehz kanun 804. maddesinde genel kurulun devredilmez yetkileri TTK m. 616'in hem 1. hem de 2. fıkrasını aynı fıkranın bentleri halinde düzenleyerek, TTK m. 616/2'deki konu sınırlaması söz konusu olmaksızın her hususta genel kurula şirket sözleşmesi ile devredilmez yetkiler bahşedilebileceği belirtilmiştir. Kanaatimizce TTK m. 616'nın mehz kanun metnine uygun şekilde yorumlanması hukuk mantığı açısından daha isabetli olacaktır. Bir başka ifadeyle, İsv. BK m. 804/2'de TTK m. 616'nn 1. ve 2. fıkralarındaki tasnif söz konusu değildir. Bu sebeple, TTK m. 616'nın 1. ve 2. fıkralarının aynı fıkranın bentleri olarak düzenlenmesi daha uygun olmakla birlikte, TTK m. 616/1, (j) bendi (İsv. BK. 804/2, 18), hükmün 2. fıkrasını da kapsar nitelikte olduğundan, bu bendin uygulanmasının yeterli olduğunu söyleyebiliriz. Sonuç olarak, kanımızca, şirket sözleşmesinde öngörülebilecek her yetkinin, diğer organların yetkilerine hâle gelmemek kaydıyla, genel kurula devredilmez bir yetki olarak bahşedilebileceğini ve TTK m. 616/2'deki konu sınırlamasının uygun olmadığını söylemek mümkündür.

B. Katılım Hakkı

Oy hakkının olup olmadığına bakılmaksızın her ortağın limited şirket genel kurul toplantısına katılma hakkı vardır⁷. Aynı şekilde toplantıya katılma

⁷ Grunewald, Barbara, Gesellschaftsrecht, 5. Bası, Mohr Siebeck Verlag, 2002 Tübingen, s.

hakkı için taahhüt edilen sermayenin bilfiil getirilmiş olması da gerekmez⁸. Toplantıya katılım hakkı oy hakkından farklı olarak dokunulamayacak (kendisinden mahrum bırakılmayacak) hak olarak görülmelidir⁹. Toplantıya katılım hakkı, toplantıda hazır bulunma ve gündem konularıyla ilgili müzakerelere aktif bir şekilde iştirak ve bunlara ilişkin olarak görüş açıklama imkânlarını içerir¹⁰. Böylece genel kurul toplantısında irade oluşumu sürecine etkide bulunma imkânı elde edilmiş olur¹¹.

Paylar üzerinde iştirak halinde mülkiyetin bulunması hallerinde (örneğin miras ortaklığında olduğu gibi) müşterek mülkiyete sahip olanların tamamının toplantıya katılma haklarının varlığından söz etmek mümkündür. Bu kişilerin tamamının genel kurul toplantısına katılma haklarının olması, onların katılım hakkının sağladığı imkânların tamamını (konuşma, öneride bulunma gibi) tek tek kullanabilmeleri anlamına gelmektedir. Oy hakkının kullanılması bağlamında beraber hareket etmeleri gerekeceğinden bu kişilerin kendi aralarında anlaşamamaları halinde oy kullanmaları mümkün olmayacaktır¹². Fakat şirket sözleşmesi oy hakkını olduğu gibi genel kurula katılma hakkını da bu hakkın özünü zedelememek kaydıyla düzenleyebilir¹³. Bu bağlamda şirket sözleşmesi bunların müşterek bir temsilci üzerinde anlaşır ancak onun

346, Rn. 80; ayrıca bkz. BGH NJW 1972, 2225; WM 1985, 568.

⁸ Scholz/Schmidt/Seibt GmbHG, § 48 Rn. 13; Ulmer/Habersack/Winter/Hüffer, GmbHG § 48 Rn. 14.

⁹ Somut olayın niteliklerinin de dikkate alınması gerekliliği ile beraber aynı görüşte Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter/Bayer, Walter, GmbH-Gesetz Kommentar, 18. Bası, Otto Schmidt Verlag, 2012, Köln, Rn. 3; Michalski/Römermann, Rn. 74; Ulmer, Peter/Hüffer; Uwe, Rn. 23, 72; Rowedder/Schmidt – Leithoff/Koppensteiner, Rn. 9; Scholz/Schmidt/Seibt, Rn. 18; Vogel, Wolfgang, Gesellschafterbeschlüsse, Otto Schmidt Verlag, 2. Bası, 1986 Köln, s. 138; BGH GmbHR 1989, 120; OLG Frankfurt GmbHR 1984, 100; aynı eğilimde RGZ 167, 73 vd.

¹⁰ Goette, Wulf, Die GmbH, 2. Bası, Beck Verlag, 2002 München, § 7 Rn. 43; Scholz/Schmidt/Seibt GmbHG § 48 Rn. 16; Ulmer/Habersack/Winter/Hüffer, GmbHG, § 48 Rn. 13.

¹¹ OLG Düsseldorf NJW-RR 1992, 1452, 1453; Michalski/Römermann, GmbHG, § 48 Rn. 31.

¹² Ulmer/Habersack/Winter/Hüffer GmbHG, § 48 Rn. 15.

¹³ Bu konuda doktrinde baskın görüş için bkz. Hachenburg, Max/Schilling, Wolfgang, GmbHG, 7. Bası, Walter de Gruyter, 1981 Berlin, § 14 Rn. 33 ve § 48 Rn. 8 ve 9; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 48 Rn. 12, 15; Roth, Günter Hans, Kommentar zum GmbH Gesetz, 2. Bası, Luchterhand, 2009 Köln, § 48 Anm. 2.3; Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred/Zöllner, Wolfgang, GmbHG, § 48 Rn. 3 ve 4; anonim şirketlerde birlikte temsil ile ilgili olarak kısmen farklı görüşte GroßkommAktG/Barz, Carl Hans, De Gruyter Verlag, 4. Bası, 2004 Berlin-New York, § 135 Anm. 8; karşı görüş için Zöllner, Wolfgang, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Carl Heymanns Verlag, 3. Bası, 2004 Köln, § 34 Rn. 80.

üzerinden toplantıya katılabileceklerini öngörebilir¹⁴. Şirket sözleşmesinde bu yönde bir hükmün bulunması halinde diğer hak sahiplerinin toplantıya katılmalarına engel olunabilir. Birden fazla kişinin ortaklık payları üzerinde beraberce mülkiyete sahip olduğu hallerde, şirket sözleşmesinde bu kişileri temsilen ancak bir kişinin genel kurul toplantılarına katılabileceğine ilişkin bir hükmün öngörülmesi de bu ilkeye aykırılık teşkil etmez¹⁵.

Belli paylar üzerindeki haklardan bir kısmının veya payın kendisinin belli haklar devredende saklı kalması kaydıyla üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde, genel kurula katılım hakkının kime ait olacağı sorunu ile karşılaşılabılır. Bahsedilen hakların yed-i emine devri halinde yed-i emin katılım hakkına sahip olacaktır¹⁶. Pay üzerinde rehin hakkının tesis edilmiş olması halinde ise katılım hakkı pay sahibi ortakta kalır¹⁷. Fakat rehinin tesisi yanında genel hükümlere göre rehin alana genel kurul toplantısına katılım konusunda yetki verilmesi de mümkündür¹⁸. Pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olması da paya sahip ortağın ortaklık sıfatında bir değişiklik oluşturmaz ve onun genel kurula katılım hakkı devam eder¹⁹.

Şirket sözleşmesi çok önemli, objektif sebeplerin varlığı ve şirket menfaatinin bunu gerektirmesi durumunda, bu hakkın özünü zedelemeyecek şekilde - özellikle de toplantıya bizzat katılım hakkından yoksun kalmayı telafi edecek yeterli ikame imkânların sunulması halinde (örneğin bağımsız bir kişi tarafından temsil edilme imkânının sunulması gibi) - ortağın toplantıya katılma hakkının olmayacağını hükme bağlayabilir²⁰. Bu tür kısıtlamaların

¹⁴ Krşl. *Scholz/Winter*, age, § 18 Rn. 14; *Schilling, Wolfgang/Zutt, Wilhelm: Hachenburg*, age, § 18 Rn. 17; *Scholz/K. Schmidt*, age, § 48 Rn. 12; *Michalski/Römermann*, Rn. 42; *Ulmer/Habersack/Winter/Hüffer*, Rn. 27; BGH GmbHR 1989, 120; Mirasçı sıfatıyla komanditer ortak olacaklar için temsilci tayin etmeleri gerekliliğine ilişkin olarak ayrıca bkz. BGHZ 46, 294; veya aynı gruba dahil olan birden fazla ortak için bkz. *Hachenburg/Schilling*, age, § 48 Rn. 18 ve § 14 Rn. 36; *Roth*, age, § 48 Anm. 2.3; aynı yönde BGHZ 46,291/ 2941 Komandit Şirket için; HUYSA, Ayşegül Sezgin, "Genel Kurul", Sami KARAHAN Editörlüğünde, Şirketler Hukuku, (495-532), 2012, s. 514; ÇEKER, Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2000, s. 262.

¹⁵ *Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred/Zöllner, Wolfgang*, § 48 Rn. 6.

¹⁶ *Goette*, Die GmbH § 7 Rn. 45; *Michalski/Römermann GmbHG* § 48 Rn. 56; *Scholz/Schmidt/Seibt GmbHG* § 48 Rn. 14; *Ulmer/Habersack/Winter/Hüffer GmbHG*, § 48 Rn. 19.

¹⁷ *Michalski/Römermann GmbHG* § 48 Rn. 57; *Scholz/Schmidt/Seibt GmbHG* § 48 Rn. 14; *MünchKommGmbHG/Liebscher, GmbHG* § 48 Rn. 44.

¹⁸ *Michalski/Römermann, GmbHG* § 48 Rn. 57; *Ulmer/Habersack/Winter/Hüffer, GmbHG*, § 48 Rn. 19.

¹⁹ OLG Koblenz GmbHR 1992, 464, 465; *Scholz/Schmidt/Seibt, GmbHG*, § 48 Rn. 14.

²⁰ BGH GmbHR 1989, 120, 121; *Roth/Altmeppen, GmbHG*, § 48 Rn. 4; *Rowedder/Schmidt-*

geçerliliği için bu kısıtlamanın objektif açıdan gerekçelendirilebilmeleri ve mahrum bırakılan hak ile bu kısıtlama gerekliliği arasında yapılacak bir kıyaslama halinde kısıtlama gerekliliğinin daha ağır basmasını gerektirecek bir durumun söz konusu olması gerekir²¹. Çok özel, ciddi durumlarda, şirket için ağır ve başka türlü engellenemeyecek tehlikelerin varlığı halinde, örneğin şirket ortağının aynı zamanda rekabet ilişkisi içinde olması veya rakip konumdaki kişilere önemli bilgilerin aktarılması tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda, şirket sözleşmesinde buna ilişkin bir hüküm olmaksızın da, belli konuların müzakere edileceği genel kurul toplantılarına belli ortakların katılım hakkından yoksun bırakılması mümkündür²². Tabii bu durumda toplantı başkanı tek başına bu kararı almaya yetkili değildir. Genel kurulun söz konusu ortağın oy hakkının olmadığı bir oylama sonucunda alacağı bir karar ihtiyaç olacaktır. Şirketle rekabet ilişkisi içerisinde olan bir ortağın genel olarak genel kurul toplantılarına katılım hakkından yoksun bırakılması ise şirket sözleşmesinde buna ilişkin bir hüküm olmaksızın mümkün değildir²³.

Vasi, vasiyeti tenfiz memuru, tasfiye memuru, tereke yöneticisi gibi mahkeme tarafından atanmış olan kişiler şirket ortağının yerine genel kurul toplantılarına katılma hakkına sahiptirler²⁴. Şirket ortağı tarafından atanan temsilcilerin, bunların şahsına ilişkin onların genel kurul toplantısına katılmamasını gerektiren önemli bir sebep olmadıkça bu kişilerin de toplantıya katılmalarına izin verilmelidir²⁵. Oy kullanma bağlamında kendisine temsil yetkisi verilen kişi aynı zamanda genel kurul toplantısına katılma hakkını da devralmış olur. Zira oy hakkının kullanılması ancak genel kurul toplantısına katılmak ile mümkün olabilecektir²⁶.

Leithoff/ *Koppensteiner*, GmbHG, § 48 Rn. 9; Ulmer/Habersack/Winter/Hüffer, GmbHG, § 48 Rn. 25; Scholz/Schmidt/Seibt, Rn. 18 ; Meyer-Landrut, Rn. 8; aksi görüş için bkz. Handbuch GmbH/Rodewald, Jörg, 19. Bası, Otto Schmidt Verlag, 1997 Köln, Rn. 1154.

²¹ Scholz/Schmidt/Seibt, Rn. 18; Roth/Altmeyen, Rn. 4.

²² Michalski/Römermann, GmbHG, § 48 Rn. 83; Scholz/Schmidt/Seibt, GmbHG, § 48 Rn. 18; Ulmer/Habersack/Winter/Hüffer GmbHG, § 48 Rn. 25; MünchKommGmbHG/Liebster, Thomas, GmbHG, § 48 Rn. 20; Vogel, Gesellschaftsbeschlüsse, 138; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Rn. 3 ; Roth/Altmeyen, Rn. 4 ; Handbuch GmbH/Rodewald, Rn. 1154; tam açık olmamakla beraber Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, GmbHG, § 48 Rn. 9.

²³ RGZ 88, 221.

²⁴ Michalski/Römermann, GmbHG, § 48 Rn. 44; Scholz/Schmidt/Seibt, GmbHG, § 48 Rn. 23.

²⁵ Scholz/Schmidt, Karsten, § 48 Rn. 20; farklı görüşte Lutter/Hommelhoff, § 48 Rn. 4. Yazar limited şirketin şahıs şirketi niteliklerine atıfta bulunarak temsili kabul etmemektedir.

²⁶ Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, GmbHG, § 47 Rn. 43.

Şirket ortağının kendisi bu atanmış kişilerin yanında ayrıca toplantıya katılmayı talep edemez²⁷. Kendisine genel kurula katılma için yetki verilmiş bulunan kişilerin kendilerine ait bir hakları olmayıp ancak yetkilendiren kişinin katılım hakkından türetilen bir hak söz konusu olduğu için yetki veren kişi her zaman (toplantı esnasında bile) bu yetkiyi geri alabilir ve kendisi tekrar genel kurula katılma imkânını elde edebilir²⁸. Şirket ortağının bizzat genel kurul toplantısına katılmayı talep etmesi halinde artık onun temsilcisinin genel kurul toplantısına katılmasına izin verme ihtiyacı kalmaz²⁹. Bu düşüncenin temelinde özel bir izin olmaksızın genel kurula katılacak kişi sayısının arttırılamaması gerekliliği yatar. Yine aynı düşünceden ötürü birden fazla temsilcinin atanmış olması ve bunların birlikte temsil ile yetkilendirilmeleri halinde, bu temsilcilerden ancak bir tanesinin genel kurula katılabileceği söylenebilir³⁰. Gerçi Alman Yargıtay'ı 1989 yılında önüne gelen bir uyuşmazlık³¹ ile ilgili olarak, şirket sözleşmesinde sonradan yapılacak bir değişiklik ile her ortağın ancak bir temsilcisini genel kurul toplantısına gönderebileceğinin öngörülebileceğini ifade etmekte ve bu durum kural olarak şirket ortaklarının şirket sözleşmesinde bunu kısıtlayan bir hüküm olmaması halinde birden fazla temsilcisini genel kurul toplantısına gönderebileceği sonucuna işaret etmektedir. Fakat burada dava konusu olan uyuşmazlık çok

²⁷ OLG Stuttgart NJW-RR 1994, 167, 168; Fingerhut, Michael/Schröder, Mathias, Recht des GmbH-Gesellschafters auf Beziehung eines juristischen Beraters in der Gesellschafterversammlung, BB 1999, 1230, 1232.

²⁸ Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, GmbHG, § 48 Rn. 8; Scholz/Schmidt/Seibt, GmbHG, § 48 Rn. 24; Ulmer/Habersack/Winter/Hüffer, GmbHG, § 48 Rn. 18.

²⁹ Bu konuda doktrinde baskın olan görüş için bkz. Ulmer/Habersack/Winter/Hüffer, Rn. 18; aynı yönde § 47 Rn. 101; Michalski/Römermann, Rn. 52; Scholz/Schmidt/Seibt, Rn. 24; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, Rn. 8; OLG Stuttgart GmbHR 1994, 258 vd. farklı yönde Schmidt, Hans Martin, Bevollmächtigte in der Gesellschafterversammlung der GmbH, GmbHR 1963, 145; bu görüşten ayrılan ve diğer ortaklara karşı belli konularda uzmanlık bilgisinden yoksun olmaktan dolayı dezavantajlı durumda olabilecek ortakların yanlarında refakatçi bir danışman bulundurabilmeleri gerekliliği ilgili olarak bkz. OLG Düsseldorf, DB 1993, 527; bu kişilerin özel durumlarda kendilerinin uzmanlık bilgilerinden yararlanılmak üzere refakat edecek danışmanların genel kurul toplantısına katılmasına istisnâen izin verilmesi ile, bu durumdaki ortakların söz konusu ihtiyaçları yeterli derecede dikkate alınmış olacaktır. bkz. Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 48 Rn. 12.

³⁰ Daha detaylı bilgi için bkz. Hachenburg/Hüffer, § 47 Rn. 103; aynı şekilde Saenger, Ingo/Inhvester, Michael/Bergjan, Ralf, GmbH Handkommentar, Nomos Verlag, 1. Bası, 2011 Baden Baden, Rn. 6; Ensthaler, Jürgen/Füller, Jens Thomas/Schmidt, Burkhard, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Bası, Luchterhand Verlag, 2009 München, Rn. 6; daha sıkı şartlar öne süren ve bunun için şirket sözleşmesinde buna ilişkin bir hükmün gerekliliğini öne süren görüş için Scholz/Schmidt/Seibt, Rn. 24.

³¹ BGH GmbHR 1989, 120.

özel bir durum arz etmekte idi ve genelleme yapılmaya elverişli bir uyuşmazlık değildi. Çünkü bahsi geçen uyuşmazlığın konusu her ne kadar bir limited şirket genel kuruluna katılım hakkı ile ilgili idiyse de, davalı konumdaki ve şirket sözleşmesinde sonradan yapmış olduğu değişiklik ile her ortağın ancak bir temsilcisini genel kurul toplantısına gönderebileceğini hükme bağlayan limited şirket aslında enerji sektöründe faaliyette bulunan RWE isimli anonim şirketin yerel pay sahiplerinin enerji sektörü ile ilgili karar alma süreçlerinde koordinasyon içerisinde hareket edilmesini sağlama amacıyla kurdukları bir dernek idi. Burada aslında limited şirket şeklinde örgütlenmiş bir derneğin işleyişi ile ilgili bir uyuşmazlık olduğu için genelleme yapılacak türden tipik bir uyuşmazlık söz konusu değildi. Ayrıca ortaklık hakkının ifadesini bulduğu (genel kurul toplantısına) katılım hakkının vazgeçilmez, dokunulmaz çekirdeği ancak ortağın ortaklık haklarını kullanmasının engellenmesi halinde zedelenmiş olur³² ki, bu da daha çok ortağın atanması/azledilmesi süreçlerinde söz sahibi olmadığı bir temsilci tarafından temsil edilmesi zorunluluğunun getirilmesi halinde olabilir. Ortağın genel kurul toplantısına katılma hakkı onun bu toplantıda sadece bir temsilci tarafından temsil edilmesi halinde de korunmuş olur.

Fiil ehliyeti olmayan küçük (TMK m.14) ve sınırlı ehliyetsiz (TMK m.16) ortak yerine onun yasal temsilcisinin genel kurula katılma hakkı vardır. Yasal temsilcilerin söz konusu ortağın anne-babası olmaları halinde bunların her ikisi de genel kurul toplantısına katılma hakkına sahiptir. Anne-babanın bu konuda izin vermeleri halinde sınırlı ehliyetsiz küçük genel kurul toplantısına bizzat katılabilir ve oy kullanabilir³³. Ergin olan bir kişinin fiziksel veya ruhsal sağlık durumunun elverişsizliği sebebiyle kendisine bir danışman atanmış ise ve bu danışmanın tarif edilmiş olan görev alanının içerisinde şirketteki ortaklık haklarının kullanılması da yer alıyorsa, bu durumda hem danışman hem de kendisine danışman atanmış bulunan kişi beraberce veya tek başlarına genel kurul toplantısına katılabilirler. Aynı durum ergin birinin belli alanlardaki irade açıklamalarının atanacak danışmanın onayına tâbi olduğu durumlarda da söz konusudur. Kendisine danışman atanan kişinin fiil ehliyetinden yoksun olması halinde ise sadece danışman, katılım hakkına sahiptir.

Tüzel kişiler ve şahıs şirketleri açısından ise –birden fazla paya sahip olursa bile- tek başına temsil yetkisine sahip olan tek bir yönetici veya şirket

³² Oy hakkının kullanılması ile ilgili olarak bkz. *Roth*, age, Anm. 2. 3; benzer şekilde *Hachenburg/Schilling*, age, § 14 Rn. 33 vd.

³³ Bkz. *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 48 Rn. 9.

ortağı temsilci olarak genel kurul toplantısına katılabilir. Çünkü bu durumda aynı yönde oy kullanılması geçerli ve gerekli olacaktır³⁴. Birlikte temsil kaydı ile temsil yetkisine sahip olunması halinde de birlikte temsile yetkili olanlarca gerekli olan çoğunlukta oyla kendi aralarında seçecekleri bir temsilci üzerinden ve sadece bir temsilci ile genel kurul toplantısına katılmak mümkün olacaktır³⁵. Böyle bir durumda söz konusu temsilcinin tek başına temsile yetkili olup olmadığı uyuşmazlık konusu olabileceği için, şirket sözleşmesine bu konuda bir hüküm koymak faydalı olacaktır.

Organ üyeleri (denetim kurulu üyeleri, danışma kurulu üyeleri gibi) bu sıfatlarından ötürü genel kurula katılma hakkına sahip değildirler. Bu kişiler ancak genel kuruldan bu yönde bir kararın çıkması halinde söz konusu şirketi temsilen şirketin ortak olduğu limited şirket genel kurul toplantısına katılabilirler.

Üçüncü kişilerin genel kurul toplantısına katılım hakkı ise, ancak objektif açıdan haklı sebeplerin varlığına binaen şirket sözleşmesinde öngörülmesi halinde mümkündür³⁶. Özellikle de aile şirketi mahiyetindeki küçük şirketlerde genel olarak medya temsilcilerinin genel kurul toplantısına katılmalarına izin verilemeyecektir. (Bütün ortakların buna onay vermeleri halinde durum tabii ki farklı olacaktır). Üçüncü kişilerin şirket sözleşmesinde buna ilişkin bir hüküm olmaksızın ortakların oy çokluğu ile genel kurul toplantısına katılmaları imkanı da aynı şekilde sadece objektif açıdan haklı sebeplerin varlığı halinde mümkündür³⁷. Aksi halde şirket sözleşmesinin sadece müşterek amaçlara ulaşılması için ortaklarca birlikte gösterilecek özel çabayı kapsadığı ve üçüncü kişilerin objektif açıdan haklı sebepler olmaksızın bu özel nitelik taşıyan toplantıya katılmalarının kabul edilebilir bir durum olmadığı göz ardı edilmiş olur. Bu bağlamda objektif açıdan haklı sebepler çoğu zaman belli gündem maddeleri olacaktır. Üçüncü kişilerin ve özellikle

³⁴ Karşl. *Großfeld/Spennemann*, Die Teilnahmeberechtigung mehrerer gesetzlicher Vertreter von Gesellschaften in Mitgliederversammlungen von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, AG 1979, 128.

³⁵ Bu yönde Scholz/*Schmidt/Seibt*, Rn. 23; farklı yönde Ulmer/Habersack/Winter/*Hüffer*, Rn. 16; MüKoGmbHG/*Drescher, Ingo*, § 47 Rn. 83; Michalski/*Römermann*, Rn. 46; *Großfeld/Spennemann* dipnot 19.

³⁶ Objektif açıdan haklı sebeplerin varlığı şartı aranmaksızın bunu mümkün olduğu görüşü için bkz. MüKoGmbHG/*Liebscher*, Rn. 56; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, Rn. 8; OLG Düsseldorf GmbHR 1992, 611; bkz. TEOMAN, Ömer, "Anonim Ortaklık Genel Kurul Toplantılarına 'Dinleyicilerin' Katılması", Otuz Yıl Ticaret Hukuku, Tüm Makalelerim, C. 1, 1971-1982, 2000, s. 224 vd.

³⁷ Bkz. Baumbach/Hueck/*Zöllner*, GmbHG, § 48 Rn. 14.

de medya temsilcilerinin genel kurul toplantısında mevcudiyeti çoğu zaman toplantıya katılan diğer hak sahiplerinin tavırlarında, hal ve hareketlerinde değişikliğe yol açabilecektir. Üçüncü kişilerin genel kurul toplantısına katılımı, özellikle de danışmanlara bu imkânın tanınması halinde eşit işlem ilkesine dikkat edilmesi gerekir. Üçüncü kişilerin genel kurula katılımı (konuşma hakkı olmaksızın) belli konularla da sınırlanabilir. Avukat, mali müşavir gibi uzman veya danışman kişilerin şirket sözleşmesinde buna ilişkin bir hüküm olmaksızın tek tek ortaklar tarafından genel kurul toplantısına beraberce getirilmesi, buna genel kurul toplantısında ortaklarca açıkça izin verilmesini gerektirir³⁸. Çok önemli özel durumlarda ortaklar arasındaki sadakat yükümlülüğü gereğince çok önemli kararların alınacak olması ve bu konularda ortağın uzmanlık bilgisinin olmaması halinde³⁹ danışman sıfatıyla refakatçilerin genel kurul toplantısına katılmasına izin verilmesi gerekliliği söz konusu olabilir⁴⁰.

Şirket sözleşmesi genel kurula katılım şartlarının kontrolüne ilişkin hükümler içerebilir. Bu konuda hükümlerin mevcut olmaması ve katılım şartlarının mevcut olup olmadığı hakkında şüphe olması halinde, kural olarak ilgili kişinin de oylamaya katılma hakkı saklı kalmak üzere genel kurul basit çoğunluk ile bu konuda karar verir. Uyuşmazlığın bir pay dolayısıyla genel kurula katılma hakkına sahip olduğunu ileri süren iki kişiden hangisinin genel kurul toplantısına katılma hakkına sahip olduğu ile ilgili olması halinde ise tabii olarak her ikisi de oylamaya katılamayacaktır. Çünkü her hal-ü karda bu kişilerden bir tanesi genel kurul toplantısına katılmaya hakkı olmadığı halde katılmış ve bunun da ötesinde oy kullanmış olacaktır. Bu tür durumlarda genel kurul toplantısını yönetecek başkanın seçilmiş olması halinde bu iki

³⁸ OLG Stuttgart ZIP 1993, 1474; OLG Naumburg GmbHR 1996, 934; daha az sınırlayıcı görüş için bkz. *Saenger, Ingo*, Hinzuziehung von Stellvertreter oder Beistand bei Beschlussfassung und Kontrolle im Gesellschaftsrecht, NJW 1992, 351. Bu konuda ayrıca OLG Düsseldorf, GmbHR 2002, 67.

³⁹ Örneğin gerekli hukuki bilgiden yoksun olunması durumunda OLG Naumburg GmbHR 1996, 934, 936; veya ortaklık haklarının başka türlü kullanım imkanının olmaması haline ilişkin olarak bkz. OLG Stuttgart GmbHR 1997, 1107.

⁴⁰ Haklı olarak bu görüşte OLG Stuttgart GmbHR 1997, 1107; OLG Naumburg GmbHR 1996, 934; *Fingerhut, Michael/Schröder, Mathias*, Recht des GmbH-Gesellschafters auf Beziehung eines juristischen Beraters in der Gesellschafterversammlung, BB 1999, 1230. Ayrıntılı bilgi için *Werner, Rüdiger*, Präsenz anwaltlicher Berater in der Gesellschafterversammlung der GmbH, GmbHR 2006, 871: Sadece burada çatışacak menfaatlerin tartışılması sonucunda, ortaklık haklarının kullanılması açısından bu tür kişilerin katılımının gerekliliğinin ağır basması halinde katılımın mümkün olduğu görüşünü ileri sürmektedir.

kişiden hangisinin katılım hakkına sahip olduğuna o karar verecektir⁴¹. Bu konu hakkında görüş ayrılığı mevcuttur⁴². Doktrinde baskın olan görüşe göre toplantı başkanı sadece geçici bir karar verir, genel kurul toplantısında oy çokluğu ile alınacak bir kararla toplantı başkanının kararı değiştirilebilir. Bu görüşün altında bir tüzel kişiliğin kendisi ile ilgili kararları almaktaki serbestisi ve demokratik prensipler yer alır. Fakat bu görüşün dikkate almadığı husus ise genel kurul toplantısının toplantı başkanının sorumluluğunda yürütüldüğüdür. Genel kurulun veya genel kurul toplantı başkanının bu konuda alacağı karar daima geçici nitelikte bir karar olacaktır. Bu karar sadece genel kurul toplantısının düzeni ve işleyişine ilişkin bir karar olup, pay üzerindeki hak sahipliği üzerine verilmiş bir karar gücüne sahip değildir.

Toplantıya katılma hakkının oy kullanma hakkından ayrı olarak değerlendirilmesi gerekir. Toplantıya katılma hakkından otomatikman oy kullanma hakkı doğmaz. Oy kullanma hakkının olup olmadığı tüzel kişilerin iç ilişkilerini serbestçe düzenleyebilme hakkı çerçevesinde serbestçe düzenlenebilir ve böylece oydan yoksun paylar oluşturulabilir. Fakat oy hakkından yoksun şirket ortağı için ise kural olarak daima genel kurul toplantısına katılma hakkı vardır⁴³. Katılım hakkına sahip ortağın veya onun temsilcisinin toplantıya katılım hakkının zedelenmesi (bunların toplantıya davet edilmemesi veya toplantıya katılmak istemelerine rağmen kendilerine müsaade edilmemesi gibi), onun sahip olduğu payların oydan yoksun olması veya kullanacağı oyun sonuca etkili olmayacağı açık olsa bile bu toplantıda alınan kararlar iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olacaktır⁴⁴. Temsil yetkisine ilişkin yetki belgesini sunan kişinin genel kurul toplantısına katılımının engellenmesi de bu toplantıda alınan kararların iptal edilebilirliğine yol açar. Aynı şekilde yabancı dilde hazırlanmış olan temsil yetkisine ilişkin yetki belgesinin kabul edilmemesi de hakkaniyete aykırılık teşkil edebilir

⁴¹ Bkz. Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 48 Rn. 14.

⁴² Karşı görüş için bkz. Scholz/Schmidt/Seibt, Rn. 28; ayrıca Ulmer/Habersack/Winter/Hüf-fer, Rn. 32.

⁴³ BGH NJW 1971, 2225; WM 1985, 567, 568; NJW-RR 2006, 831, 832; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG § 48 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG § 48 Rn. 3; Michalski/Rö-mermann, GmbHG § 48 Rn. 35; Roth/Altmeppen, GmbHG § 48 Rn. 4; Scholz/Schmidt/Se-ibt, GmbHG § 48 Rn. 13; Ulmer/Habersack/Winter/Hüf-fer, GmbHG § 48 Rn. 14; Münch-KommGmbHG/Liebscher, GmbHG § 48 Rn. 11.

⁴⁴ Michalski/Römermann, GmbHG § 48 Rn. 126; OLG Hamm NJW-RR 2003, 1400, 1401; LG Dortmund NZG 1998, 390, 391; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG § 48 Rn. 15; Scholz/Schmidt/Seibt, GmbHG § 48 Rn. 29; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, Rn. 11; OLG Hamm NZG 2003, 926; karşı görüş için bkz. BGH, BB 1972, 772; ayrıca karşı. Baum-bach/Hueck/Zöllner, GmbHG § 47 Anh. Rn. 125 vd.

ve alınan kararların iptal edilebilirliğine yol açabilir⁴⁵. Buna karşın katılım hakkına sahip olmayan kişinin toplantıya katılımına izin verilmiş olması kural olarak alınan kararların hukuka uygunluklarını etkilemez⁴⁶. Pazar günü genel kurul toplantısının yapılmış olması⁴⁷ da katılım hakkını zedelemeyiz⁴⁸, bu durum daha çok bir usul hatası teşkil eder.

C. Toplantı Türleri

1. Yapıldıkları Zaman Bakımından

Olağan genel kurul toplantıları, TTK m. 617/1'e göre, her yıl hesap döneminin sona ermesinden itibaren üç ay içinde yapılır⁴⁹. Olağan genel kurul toplantıları her yıl yapılması gereken toplantılar olup bu tür toplantıların yapılması için şirket sözleşmesinde öngörülmüş olma yahut bazı hallerin gerçekleşmiş olması şartı aranmamaktadır.

Olağanüstü genel kurul toplantıları ise, her yıl yapılması zorunlu olmayan, gerektirici sebeplerin varlığı halinde ve şirket sözleşmesi uyarınca gerçekleştirilen toplantılardır. Her ne kadar TTK m. 617/1, 2. cümlede olağanüstü genel kurul toplantılarının şirket sözleşmesi uyarınca ve gerektiğinde yapılması gerektiği belirtilmiş olsa da gerekli hallerin önceden bilinmesinin mümkün olmayışı, Kanun metninde yer alan şartlar arasındaki bağlacın "ve" değil "veya" olup olamayacağını tartışılması gerekmektedir. ETTK m. 538/1'de genel kurulun olağanüstü toplanabilmesi için gerekli bu iki şart arasında veya bağlacının kullanılması söz konusu iken 6102 Sayılı TTK'de şartlar arasında "ve" bağlacının öngörülmüş olmasının dikkatle ele alınması gerekmektedir. Burada kanun koyucunun, ETTK döneminde ortaya çıkan ve herhangi bir gerektirici sebebin olduğunun ileri sürülmesiyle genel kurulu sürekli, aslında gerçekten toplantının gerekmediği durumlarda, olağanüstü toplantıya çağırmanın önüne geçmeye çalıştığının ve bilinçli bir şekilde aradaki bağlacı "ve" olarak ele aldığı kabulü gerekmektedir. Mevzuat BK m. 805/2'de yer alan düzenlemede de genel kurulun şirket sözleşmesi uyarınca ve gerektirici sebeplerin varlığı halinde ("*nach Massgabe der Statuten und*

⁴⁵ Bkz. Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG § 47 Rn. 113 vd.

⁴⁶ Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG § 48 Rn. 15; Michalski/Römermann, GmbHG § 48 Rn. 125; MünchKommGmbHG/Liebscher, GmbHG § 48 Rn. 59; Roth/Altmeppen, GmbHG § 48 Rn. 5; Scholz/Schmidt/Seibt, Rn. 29; Meyer-Landrut, Rn. 9; danışmanlarla ilgili olarak bkz. Roth/Altmeppen Rn. 5.

⁴⁷ Bu konuda bkz. Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG § 51 Rn. 14.

⁴⁸ Aksi görüşte LG Darmstadt BB 1981, 72.

⁴⁹ Mevzuat BK m. 805/2'de bu süre altı ay olarak öngörülmüştür.

bei Bedarf“) olağanüstü toplanabileceğinin belirtilmiş olmasıyla da kanun koyucunun, bilinçli olarak her iki şartı bir arada aradığını söylemek mümkün olacaktır. Ancak burada, aslında gerekli olmadığı halde olağanüstü genel kurul toplantılarının yapılmasının önüne geçilmek istenmekle birlikte, söz konusu hükmün şirket sözleşmesinde öngörülme hallerde genel kurulun olağanüstü toplanamayacağı şeklinde de anlaşılması gerekmektedir. Kanımızca, şirket sözleşmesinde hangi hallerde genel kurulun olağanüstü toplanabileceğinin sayma yoluyla değil de örnekseme yoluyla belirtilmiş olması yeterli olmalıdır. Bir başka ifadeyle, şirket sözleşmesinde genel kurulun olağanüstü toplanabileceği hallerin çerçevesi çizilmeli, bu hallerin kazuistik şekilde düzenlenmesinden kaçınılmalıdır. Aksi halde, öngörülemez fakat genel kurulun toplanmasını gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde genel kurulun olağanüstü toplanması mümkün olmayacaktır.

Olağanüstü genel kurul toplantıları gerektirici sebeplerin varlığı halinde yapılacaklarından, gerektirici sebeplerin var olmaması halinde bir şirketin varlığını sürdürdüğü müddetçe hiçbir zaman bu şekilde toplanmaması da mümkündür. Bir başka ifadeyle, olağan toplantıların her yıl yapılma zorunluluğu, olağanüstü toplantılar bakımından söz konusu değildir.

2. Yapıldıkları Yer Bakımından

6102 Sayılı TTK ile getirilen yeniliklerden biri de genel kurul toplantılarının elektronik ortamdan yayınlanmasıdır. Nitekim TTK m. 1527/2'ye göre limited şirket genel kurul toplantılarının elektronik ortamda yapılması mümkündür. Bu sebeple genel kurul toplantılarını yapıldıkları yer bakımından fiziksel genel kurul toplantıları ile elektronik ortamda yapılan genel kurul toplantıları olmak üzere iki alt başlık altında değerlendirmek mümkündür.

Elektronik ortam kavramı, her ne kadar her türlü elektronik aracın kullanılabilmesinin mümkün olduğu bir mecrayı içerse de kanun koyucunun TTK bağlamında elektronik ortam kavramına yaklaşımı sadece “internet” odaklı olacak şekilde son derece kısıtlıdır. Gerçekten TTK m. 1527/3'e göre, elektronik ortamda oy kullanabilmek için şirketlerin bu amaca özgülünmüş internet sitelerinin varlığı *sine qua non* nitelik taşıdığından, kanun koyucunun elektronik ortam kavramından anlaşılması gerekenin internet ortamı olduğunun kabulü kaçınılmazdır.

İnternet ortamında yapılacak genel kurul toplantılarının da iki farklı şekilde gerçekleşmesi mümkündür. Bunlardan ilki *sanal genel kurul* olup,

bu toplantılarla, fiziki bir genel kurul toplantısına gerek olmaksızın pay sahiplerinin tamamen internet üzerinden katılmasıyla gerçekleşen toplantılar kastedilmektedir. İkinci durumda ise *online genel kurul* söz konusu olup, fiziki katılımlı genel kurul toplantısına isteyen pay sahiplerinin internet üzerinden katılmaları şeklinde gerçekleşen toplantılar kastedilmektedir. TTK m. 1527'nin gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun online genel kurul kavramına açıkça değinmek suretiyle TTK'de sanal genel kurul toplantılarının şu an için mümkün olmadığını söylemek mümkündür⁵⁰. Kaldı ki TTK m. 1527'nin gerekçesi söz konusu olmasa bile, TTK m. 1527/2'de elektronik ortamda genel kurula “katılma” imkanının düzenlenmiş olması da kanun koyucunun fiziki genel kurul toplantılarına internet üzerinden katılımın söz konusu olduğu *online genel kurulu* benimsediğini gözler önüne sermektedir⁵¹.

D. Toplantıya Çağrı

1. Çağrıya Yetkili Olanlar

YTTK m. 617/1'e göre genel kurulu toplantıya çağırmak kural olarak müdürlerin görevidir. YTTK m. 625/1, (g)'de bu durum devredilmez ve vazgeçilmez bir görev olarak müdürlere bahşedilmiştir. Çağrıyı kural olarak müdürler yapmakla birlikte bazı durumların gerçekleşmesi halinde çağrının müdürler dışındaki kişiler tarafından da gerçekleştirilmesi mümkündür. Daha önce de belirtildiği gibi TTK m. 617/3'e göre toplantıya çağrı hakkında anonim şirket hükümlerinin uygulanması gerekeceğinden TTK m. 410 vd.'nin incelenmesi gerekmektedir. Bu sebeple, TTK m. 410/1, 2. cümleyle göre, tasfiye memurları da görevleri ile ilgili konular için genel kurulu toplantıya çağırabilmektedirler. Ancak tasfiye memurlarının bu çağrısı, söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere görevleri ile ilgili konuları içermelidir, bir başka ifadeyle tasfiye amacı sınırlı olmalıdır.

TTK m. 410/2'de tek bir pay sahibinin de genel kurulu toplantıya çağırabileceği belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre, müdürler kurulunun devamlı toplanamaması, toplantı nisabının oluşmasına imkân bulunmaması veya mevcut olmaması durumlarında, mahkemenin izniyle tek bir pay sahibi genel kurulu toplantıya çağırabilecektir. Bu hükümden de anlaşılacağı gibi tek bir pay sahibi dilediği gibi genel kurulu toplantıya çağıramayacak, genel kurulu belli bazı durumlarda, ancak mahkemenin izniyle toplantıya çağırabilecektir.

⁵⁰ TEKİN, Ufuk, Limited Şirket Genel Kurulunun Elektronik Ortamda Toplanması ve Karar Alması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır 2013, s. 19.

⁵¹ TEKİN, s. 22.

Genel kurulu toplantıya çağırabileceklerden bir diğeri de azlıktır⁵². TTK m. 411, azlığın genel kurulu toplantıya çağırabileceğinin açıkça düzenlendiği hükümdür. Söz konusu hükümde azlığın genel kurulu toplantıya çağrı ve gündeme madde eklenmesini talep hakkı olmak üzere iki bağımsız haktan söz etmek mümkündür. Her iki hak bakımından da TTK m. 617/3'te azlığın çağrı ve öneri hakkının anonim şirket hükümlerine göre kullanılacağını belirtilmiş olmasıyla TTK m. 411'in uygulanması gerekmektedir. Buna göre azlık, sermayenin en az onda birini (%10), [halka açık anonim şirketlerde yirmide birini (%5)] oluşturan pay sahiplerini ifade etmektedir. Şirket sözleşmesiyle daha az bir nisabın azlık olarak öngörülmesi de mümkündür.

Azlık, bizzat genel kurulu toplantıya çağırılmamakta, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek müdürlerden genel kurulu toplantıya çağırılmalarını veya gündeme madde eklenmesini talep edeceklerdir. Azlığın müdürlere yöneltecekleri çağrı isteminin TTK m. 411/3'teki geçerlilik şekline uygun olarak noter aracılığıyla da yapılması gerekmektedir. Bu sebeple, hükmün 1. fıkrasında bahsedilen yazılı bildirim aynı hükmün 3. fıkrasından da anlaşılacağı üzere noter aracılığıyla yapılan bildirim ifade ettiği açıktır. Onun içindir ki, hükmün fıkraları arasında tutarsızlıktan kaçınmak amacıyla hükmün 1. fıkrasında müdürlere yöneltilecek çağrı talebinin yazılı olduğunun belirtilmesine, 3. fıkrada belirtilen noter aracılığıyla iletimin her halükarda yazılılık şartını da içinde barındıracağından bahisle, gerek olmadığını söylemek kanaatimizce isabetlidir.

Azlığın müdürlere yönelttikleri çağrı talebinin kabul edilmesi halinde genel kurul en geç kırk beş gün içerisinde yapılacak şekilde toplantıya çağrılır. Aksi halde TTK m. 411/4'e göre çağrı istem sahiplerince yapılacaktır. Müdürler, azlığın talebini kabul etmezse yahut isteme yedi iş günü içerisinde olumlu cevap vermezlerse, TTK m. 412/1'e göre, aynı pay sahiplerinin başvurusu üzerine şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, genel kurulun toplanmasına karar verebilecektir. Mahkemenin toplantıyı gerekli görmesi halinde, gündemi düzenlemek ve çağrıyı yapmak üzere bir kayyım atayacaktır. Söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, bu düzenlemelerle Eski TTK zamanında karşılaşılan ve çağrı talebine cevap vermemek suretiyle müdürlerin işi sürüncemede bırakan tutumlarının önüne

⁵² Azlığın genel kurulu toplantıya çağrı için bkz. AYAN, Özge, Limited Ortaklıklarda Azınlık Pay Sahiplerinin Genel Kurulu Toplantıya Çağırma, Gündeme Madde Eklenmesini İsteme ve Sorumluluk Davası Açma Hakları, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2004, s. 55-56; YASAMAN, Hamdi, "Anonim Ortaklıklarda Azınlığın Genel Kurulu Toplantıya Çağırması", Reha POROY'a Armağan, 1995, s. 450 vd.

geçilmek istenmiş ve yedi iş günü içerisinde olumlu cevap verilmemesi halini, azlığın çağrı talebinin zımnen reddi olarak kabul edilmiştir.

Ancak burada bir hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. TTK m. 411 ile kanun koyucu, azlığın çağrı ve gündeme madde eklenmesini talep haklarını her ne kadar aynı hükümde ele almışsa da bu hakların kullanılmasına bağlanan sonuçlar bakımından farklılık yaratılmıştır. Şöyle ki, m. 411/4'te müdürlerin, azlığın çağrı talebini kabul etmeleri ve fakat çağrıyı gerçekleştirmemeleri halinde "çağrının" istem sahiplerince yapılacağı belirtilmiştir. Bu sebeple, gündeme madde eklenmesini talep eden azlığın bu talebinin kabul edilmesi ve fakat gündeme bahsi geçen maddenin eklenmemesi halinde, azlığın gündeme madde eklenmesini bizzat talep edebilme hakkı söz konusu olmayacaktır. Genel kurulu toplantıya çağırılan azlık, TTK m. 413'e göre gündemi de belirteceğinden, çağrı hakkı ile birlikte gündeme madde eklenmesini talep ettiğinde, dilediği maddeyi gündeme ekleyebilecektir. Ancak, zaten toplanacak bir genel kurul gündemine madde eklemek isteyen azlık pay sahiplerinin, bu taleplerinin kabul edilmesine rağmen gündemde bu pay sahiplerinin eklenmesini istedikleri maddeye yer verilmemiş olması ihtimalinde, azlığın TTK m. 411/4'ün lafzına göre savunmasız bırakıldığı açıktır. Bu durumda, gündeme madde eklenmesini talep eden azlığın, taleplerinin zımnen reddedildiğinden bahisle mahkmeden, gündeme eklemek istedikleri maddenin eklenmesini talep haklarının olduğunu söylemek kanımızca mümkündür.

2. Çağrının Şekli

TTK m. 414'e göre, genel kurul toplantıya, şirket sözleşmesinde öngörülen şekilde, şirketin internet sitesinde ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde (TTSG) yayımlanan ilanla çağrılır. Her ne kadar TTK m. 617/3'te çağrıya ilişkin anonim şirket hükümlerine atıfta bulunulmuş olsa da, TTK m. 617/2'de genel kurulun toplantı gününden en az onbeş gün önce⁵³ toplantıya çağrılacağı belirtildiğinden artık TTK m. 414/1, 2. cümlesindeki iki haftalık sürenin dikkate alınmaması gerekmektedir. Bu onbeş günlük sürenin, şirket sözleşmesiyle uzatılabilmesi mümkün olduğu gibi, on güne kadar kısaltılabilmesi de mümkündür. Çağrının, genel kurul toplantısından en az onbeş gün önce genel kurul toplantısına katılma hakkı olanlara iadeli taahhütlü mektupla gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

⁵³ Mehaz İsv. BK m. 805/3'te bu süre 20 gün olarak öngörülmüştür.

E. Karar Alma

Limited şirket genel kurulunun alacağı kararlar bakımından öncelikle pay sahiplerinin oy haklarının belirlenmesi gerekmektedir. TTK m. 618'e göre, pay sahiplerinin oy hakları esas sermaye paylarının itibari değerine göre hesaplanır. Şirket sözleşmesinde daha yüksek bir tutar öngörülmedikçe her yirmibeş Türk Lirası bir oy hakkı verir. Her pay sahibinin en az bir oy hakkını haiz olduğunun öngörülmüş olmasıyla oy hakkının pay sahiplerine tanınan vazgeçilmez bir hak olduğu anlaşılmaktadır. Alınacak karar ile bir yükümlülüğün kurtulacak veya sorumluluğunun ortadan kalkması söz konusu olan şirket ortaklarının oy kullanma hakları yoktur. Bu kişinin aynı zamanda başkalarını temsilen oy kullanması da mümkün değildir⁵⁴. Hükümde ayrıca oy hakkında imtiyazın da mümkün olduğu belirtilmektedir. Ancak aynı hükmün ikinci fıkrasında oyda imtiyaza bir üst sınır getirilmiştir. Doktrinde oyda imtiyazın mümkün olduğu ve bu imtiyazın bir üst sınırının bulunduğu konularında herhangi bir fikir ayrılığı söz konusu değildir. Ancak üst sınırın nasıl hesaplanması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, mehz İsv. BK m. 806/2'nin ikinci cümlesinin TTK'ye aktarılmasında bir tercüme hatasının yapıldığı ve paylar arasında karşılaştırılması gerekenin itibari değerlerin toplamı olmayıp; asıl karşılaştırılması gerekenin, itibari değerlerin olması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁵.

Limited şirket genel kurulu, fiziki toplantının yapılması ile karar alabileceği gibi toplantı yapılmaksızın elden dolaştırma yoluyla yani sirküler karar da alabilir. İsviçre doktrininde *yazışma yoluyla karar* denilen bu karar alma biçimi TTK m. 617/4'te düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, sirküler karar alabilmek için öncelikle karar önerisinin tüm ortakların onayına sunulması gerekmektedir. Kararın tüm ortakların onayına sunulması gerekli ve yeterli olup, kararın alınabilmesi için oy birliğinin bulunması gerekli değildir. Ayrıca bu önerinin geçerliliği için tüm ortakların yazılı onayının bulunması da gerekmektedir⁵⁶. Sirküler karar alma yöntemi, genel

⁵⁴ Alman Limited Şirketler Kanunu'nun 47. maddesinin 4. fıkrasında bu yönde bir hüküm mevcuttur.

⁵⁵ İlgili hüküm şu şekildedir: "In diesem Fall müssen die Stammanteile mit dem tiefsten Nennwert mindestens einen Zehntel des Nennwerts der übrigen Stammanteile aufweisen". Hükümde itibari değeri en düşük pay ile tek tek diğer paylar arasında bir kıyas ve 1/10 şartı öne sürülmek istense "jeweils der übrigen Nennwerte" gibi bir ifade kullanılabilirdi. Halbuki burada "des Nennwerts der übrigen Stammanteile" ifadesi kullanılmıştır.

⁵⁶ Alman limited şirketler kanununun (GmbHG) 48. maddesinin 2. fıkrasına göre sirküler yoluyla karar alınabilmesi için ya tüm ortakların alınacak karara ilişkin yazılı olarak olumlu yönde oy kullanmaları, ya da farklı yönde oy kullanmakla beraber sirküler yoluyla karar alın-

kurulun fiziken toplanması ihtimaline alternatif bir yol olarak öngörölmüş olup, bu yolla ortaklara vazgeçilmez nitelikte bahşedilen genel kurula katılma hakları ortadan kaldırmamalıdır. Bunun içindir ki TTK m. 617/4'te belirtilen "herhangi bir ortak sözlü görüşme talebinde bulunmadıkça" ifadesi göz ardı edilmemelidir. Bir başka ifadeyle, sirküler karar alma yoluyla karar alınabilmesi için ortakların sözlü genel kurul toplantısını talep etmemeleri gerekmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, fiziki toplantı ile sirküler yoluyla karar alma şekillerinin kombine edilerek ("*kombinierte Beschlussfassung*") karar alınabilmesi için, bu imkânın şirket sözleşmesi ile açıkça öngörölmüş olması⁵⁷ gerekir⁵⁸.

TTK m.617/4'teki ifadeden her türlü konuda sirküler yoluyla karar almanın mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır. Oysaki, Alman Birleşme, Tür Değiştirme ve Bölünmeye ilişkin Kanun'un (Umwandlungsgesetz) m. 193/1, 2. bendine göre tür değiştirme, m. 13/1, 2. bendinde göre birleşme, m. 13/1, 2. bendinin 125. madde ile beraber değerlendirilmesi sonucu bölünmeye ilişkin kararlar ancak genel kurulun yapacağı bir toplantıda alınabileceğine ilişkin hükümler mevcuttur.

F. Toplantı ve Karar Nisapları

TTK m. 620 ve 621. maddelerinde düzenlenen nisaplar hususunun açıklanmasından önce toplantı yeter sayılarının aranıp aranmadığı üzerinde durmak gerekir. Kanun koyucu nisapları olağan ve önemli kararlar bakımından tasnife tâbi tuttuğundan sorunun çözümünde de olağan karar-önemli karar ayrımı göz ardı edilmemelidir. TTK m. 620'ye göre, Kanun yahut şirket sözleşmesinde aksi öngörölmedikçe, tüm genel kurul kararlarının toplantıda temsil edilen oyların salt çoğunluğu ile alınmaları gerekmektedir. Buna göre, olağan kararlar bakımından kanun koyucunun herhangi bir toplantı yeter sayısı aramadığını söylemek mümkündür. Kanun koyucu olağan kararlar bakımından bir toplantı yeter sayısı öngörmediğı gibi, karar yeter sayısı olarak

ması talebine yazılı olarak onay vermeleri gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG § 48 Rn. 27 vd.

⁵⁷ Karar alma türlerinin kombinasyonuna ilişkin öngörülecek hükümlerle ilgili öneriler için bkz. Wernicke, Thomas/Albrecht, Frauke, Die kombinierte Beschlussfassung in der GmbH, GmbHR 2010, 393.

⁵⁸ BGH NZG 2006, 428; OLG Celle NZG 2002, 824; Michalski/Römermann, Rn. 279; Ulmer/Habersack/Winter/Hüffer, Rn. 60; MünchHdB GesR III/Wolff, § 39 Rn. 107; aksi görüşte Roth/Altmeppen, Rn. 39; Scholz/Schmidt/Seibt, Rn. 67; MüKoGmbHG/Liebscher, Rn. 174.

da “toplantıda temsil edilen oy” kavramından hareket etmiştir⁵⁹. Hal böyle olunca, katılımın son derece az olduğu genel kurul toplantılarda dahi genel kurulun karar alabilmesi mümkün hale gelmiştir. Buna göre usulüne göre çağrının yapılmış olması kaydıyla, toplantıya katılanların sayısı ve bunların esas sermaye paylarının miktarı önemli olmayacak, hatta tek bir kişinin katılımı ile de toplantı icra edilebilecek ve hukuken geçerli olacak şekilde kararlar alınabilecektir⁶⁰. Hemen belirtmek gerekir ki, esas sözleşme ile toplantı yeter sayısı hükme bağlanabilir. Bu nisapların sadece belli konularla sınırlı olarak öngörülmesi de mümkündür⁶¹. Bu durumda öngörülen toplantı nisabına uyulmaksızın alınan kararlar iptal edilebilirler⁶². Esas sözleşme ile öngörülecek bu nisaplar, pay sahipleri için genel kurul toplantısına katılmayı bir sadakat yükümü haline getirebilir. Bu durumda genel kurul toplantısının karar alma kabiliyetini ortadan kaldırmak amacıyla toplantıya katılmamak sadakat yükümüne aykırılık teşkil edecektir⁶³. Fakat uygulamada genel kurul toplantısına katılmayarak toplantının yapılmasını engelleme çabalarının önüne geçebilmek için, başarısızlıkla sonuçlanan toplantı girişiminden daha sonraki toplantılar (“Folgeversammlung”) için ya daha düşük toplantı nisaplarının, ya da hiçbir nisabın aranmaması şeklindeki bir hükmün esas sözleşmeye konulmasıyla çözüme bağlanabilir⁶⁴. Fakat bu toplantının geçerliliği için ilk yapılması amaçlanan toplantının gündemi ile toplanması gerekir⁶⁵.

Bu bağlamda, öngörülen toplantı yeter sayısına ulaşılmasının yeterli olup olmayacağı, ayrıca bu sayının toplantı süresince muhafaza edilmesi gerekli olup olmadığı⁶⁶ sorusu ile de karşılaşılır. Bu sorunun cevabı öncelikle

⁵⁹ Mehzar kanunda olağan karar yeter sayısı “temsil edilen oy” (“*vertretenen Stimmen*”) kavramından hareketle açıklanmaya çalışılmıştır.

⁶⁰ Bu genel görüş için örneğin bkz. OLG Köln NZG 2002, 381, 383.

⁶¹ Winstel, Marc, Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung, GmbHR 2010, 793.

⁶² Bu konudaki genel görüş için bkz. BGH NJW-RR 1989, 347; OLG Stuttgart DB 2012, 627; OLG Brandenburg GmbHR 1996, 539

⁶³ Karşl. OLG Hamburg WM 1992, 272.

⁶⁴ Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG § 48 Rn. 4.

⁶⁵ Karşl. OLG München GmbHR 1994, 125.

⁶⁶ Toplantıya katılımın öngörülen nisabın altına düşmesi halinde karar alma yeteneğinin kaybı için bkz. OLG Brandenburg BeckRS 2009, 05851. Başka durumlarda toplantıya katılan pay sahiplerinin dikkate alınmasına ilişkin bkz. *Werner*, Rüdiger, Die kraft Satzung beschlussunfähige Gesellschafterversammlung, GmbHR 2009, 289. Yazar, öngörülen nisaba ulaşıp ulaşılmadığının hesaplanmasında (toplantıya katılmaya hakkı olup da) toplantıya fiilen katılanların dikkate alınması gerektiğini, katılımcıların çekimser oy kullanmaları veya onların belli sebeplerle oy kullanma hakkından yoksun olmalarının, onların toplantı yeter sayısının hesaplanmasında dikkate alınmalarının önünde bir engel teşkil etmediklerini ifade eder.

söz konusu nisabı düzenleyen esas sözleşme hükmünün yorumuna bağlıdır. Şüphe halinde bu nisabın toplantı süresince muhafaza edilmesi gerektiğine hükmetmek gerekir. Zira öngörülen nisaplar, toplantının yapılabilmesi için başlangıçta aranan bir yeter sayı olarak değil, o toplantı ile hukuken geçerli olacak şekilde kararlar alınabilmesi için düşünülmüş olacaktır⁶⁷.

Önemli kararlar bakımından kanun koyucunun ağırlaştırılmış çifte nisap aramaktadır. Zira TTK m. 621/1'e göre, önemli kararlar, temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması halinde alınabilir. Söz konusu hükme göre önemli kararlarda karar yeter sayısı hakkında kanımızca şu açıklamaları yapmak mümkündür:

- TTK m. 620'den farklı olarak toplantıda temsil edilen oylar değil, temsil edilen oylar dikkate alınmalıdır⁶⁸.

- Temsil edilen oyların en az üçte ikisi ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunması gerekir. Bir başka ifadeyle bu iki nisap birbirinin alternatifi olmayıp, kümülatif olarak aranması gereken nisaplardır.

- Kanun koyucu çifte ve ağırlaştırılmış surette öngördüğü bu nisapları birlikte aramak suretiyle, önemli kararlar bakımından adeta dolaylı olarak bir toplantı yeter sayısının bulunması gerektiğini belirtmiştir.

- TTK m. 621/2'de ağırlaştırılmış nisapların şirket sözleşmesine konacak bir hükümle daha da ağırlaştırılabileceği öngörülmüştür. Ağırlaştırılmış nisabın arandığı hallerde bu nisabın daha da ağırlaştırılması isteniyorsa, şirket sözleşmesine konacak daha ağır nisaba ilişkin hüküm, öngörülecek bu yeni nisapla kabul edilmelidir. Örneğin, şirket merkezinin değiştirilmesinin, temsil edilen oyların 4/5'inin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunmasıyla mümkün olacağına ilişkin şirket sözleşmesi hükmünün, temsil edilen oyların 4/5'i ile kabul edilmesi gerekmektedir.

⁶⁷ Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG § 48 Rn. 3.

⁶⁸ PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 1102.

GEMİ ACENTESİ ÜCRET TARİFESİ VE BUNA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

Hacı KARA*

ÖZET

Acentelik kavramı ve acentenin tabi olduğu esaslar Türk Ticaret Kanunu'nda ayrıntılı olarak yer almaktadır. Kanunda; taşıma, deniz ticareti, sigorta, turizm gibi alanlara ilişkin özel düzenlemelerin saklı olduğu belirtilmektedir. Deniz ticaretinin nevi şahsına münhasır özelliğinden dolayı, denizcilikle ilgili önemli faaliyetler icra eden gemi acenteleri hakkında muhtelif tarihlerde özel düzenlemeler yapılmıştır. Gemi acenteleri en son 5/3/2012 tarihli Yönetmelikle düzenlenmiştir. Yönetmelikte, gemi acenteleri tanımlandıktan sonra, acentelerin yeterli şartları, izin belgeleri ve hizmet esasları belirlenmiştir.

Yapılan düzenlemede ayrıca gemi acentelerin uygulamak zorunda oldukları ücretler ve buna uyulmamasının yaptırımları belirlenmiştir. Ücrete dair bu düzenleme, büyük ölçekli acenteler bakımından bir avantaj olarak görülebilirken, küçük ve orta ölçekli gemi acentelerini ise menfi yönde etkilemiştir. Zira, küçük çaplı acenteler taban fiyat tarifesi üzerinden hizmet vermek istediğinde, diğer acentelerle rekabet edemedikleri için müşteri kaybetmektedirler. Taban fiyata uymamaları halinde ise cezai yaptırım ile karşılaşmaktadırlar. Bunu aşmak için acenteler uygulamada, gerçekte düşük fiyat uygulamakta, ancak suni bir takım fatura ve işlemlerle aldıkları ücreti tarifeye uygun hale getirmeye çalışmaktadırlar.

Konunun önemi ve özelliği dolayısıyla bu çalışmada, gemi acente ücretlerine dair hukuki düzenlemeler incelenmekte, ücret tarifesinin niteliği, ücret tarifesine uyulmamasının yaptırımları ve yaptırımlara karşı itiraz yolları açıklanmaktadır.

***Anahtar Kelimeler** Gemi Acente Yönetmeliği, gemi acentesi kavramı, asgari gemi acente ücreti, gemi acenteleri arasında rekabet, acenteler hakkında yaptırımlar ve itiraz.*

SHIP AGENCY TARIFF AND SANCTIONS TO BE APPLIED IN CASE OF VIOLATION OF THIS

ABSTRACT

The concept of agency and the principles by which the agent is governed are included in detail in the Turkish Commercial Code. In the Code it has also

* Yrd. Doç. Dr., Kırklareli Üniversitesi İ.İ.B.Fak. İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku ABD. Öğretim Üyesi

been specified that there are special regulations in the law concerning the fields such as transportation, maritime trade, insurance and tourism. Due to the unique characteristics of the maritime trade, special arrangements have been made at various dates regarding the ship agents carrying out important activities related to navigation. An arrangement has recently been made regarding the ship agents by the latest bylaw dated 5/3/2012. After the ship agents are defined, the principles related to the requirements for qualification, permit certificates and services of the ship agents have been determined in the said Regulation.

The prices, which should be applied by the ship agents and the sanctions to be imposed if the said requirement is not fulfilled have also been determined in the Regulation so issued. Whilst this regulation related to prices may be deemed as an advantage on the part of large scaled agents, affected adversely the small and medium sized ship agents. As a matter of fact, the small sized agents lose their customers if they want to render service based on the minimum price tariff since they cannot compete with the other agents. If they fail to comply with the minimum price, then they are subject to penal sanction. In order to cope with this problem, the agents apply low price in fact however, try to arrange this price to comply with the tariff, through obtaining false invoices and carrying out false transactions.

Due to the importance and nature of the subject, the legal regulations concerning the ship agent's fees, nature of the price tariff, sanctions to be imposed in case of failure in complying with the price tariff and the means of objection to such sanctions are explained in this study.

Keywords: Ship agent bylaw, concept of ship agent, minimum ship agent fee, competition among the ship agents, sanctions concerning agents and means of objection.

1. GİRİŞ

Acentenin ticari ilişkilerdeki rolü ve önemi nedeniyle, acentelik kavramı ve acentenin tabi olduğu esaslar eski Türk Ticaret Kanunu'nda olduğu gibi, yeni Kanunda da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanununun (TTK)¹ 102/1. maddesinde acente: “Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimse”

¹ 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu 13 ocak 2011 tarihinde TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilmiş ve 14 şubat 2011 günü 27846 sayılı resmi gazete'de yayımlanmış ve 01/07/2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

olarak tanımlanmaktadır². TTK'nın 102/3. maddesinde ise, taşıma, deniz ticareti³, sigorta⁴, turizm gibi alanlara ilişkin özel düzenlemelerin saklı olduğu belirtilmektedir.

Nitekim, deniz ticareti sahasında faaliyet gösteren gemi acenteleri 2001 yılından beri yönetmeliklerle düzenlenmiştir. Yürürlükteki 05/03/2012 tarihli Gemi Acenteleri Yönetmeliği (GAY), acentelerin yeterlik şartlarını ve hizmet esaslarını belirlemekte ve izin belgelerini düzenlemektedir. Yönetmelikte gemi acentesi: “Yaptıkları anlaşmalarla gemi sahibi gerçek veya tüzel kişiler ile kaptan, işleyen veya gemi kiralayanın nam ve hesabına hareket eden ve üçüncü kişi ve kuruluşlara karşı bunların haklarını koruyan, bu çerçevede yaptıkları iş ve işlemlerde kendi kusurları dışında sorumlu tutulamayan kişi veya kuruluş” olarak tanımlanmıştır. GAY’da yapılan tanıma göre, gemi acenteliği yapabilecek kişiler, gerçek ya da tüzel kişi olabilecektir⁵. Yönetmelikte ayrıca, denizcilik uygulamasında sık karşılaşılan koruyucu acente ve tali acente kavramlarına da yer verilmiştir⁶.

Genel olarak acentelik faaliyetinde bulunan kişilerin hakları ve borçlarının belirlenmesinde, TTK’daki hükümler uygulanacaktır. TTK’da yer alan acentenin sahip olduğu hakların başında ücret hakkı gelmektedir⁷. Acente

² Acenteler hakkında geniş bilgi için bkz. KAYA Arslan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik, b. 1, İstanbul 2013, KAYIHAN Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, b. 4, Ankara 2011

³ TK. Md. 116/1 hükmü anlamındaki bağımsız bir acentenin charter sözleşmesindeki kloz (Gencon 76 Kloz 13 ve Gencon 94 Kloz 14) ile tayin edilmesi aynı zamanda taşıyan ile acente arasındaki acentelik sözleşmesinin akdedilmesini söz konusu etmektedir. Bkz. ÜLGEMER M. Fehmi, Charter Sözleşmeleri – I, İstanbul 2000, s. 550

⁴ Sigorta acenteliği hakkında bkz. KENDER Rayegan, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, b. 11, İstanbul 2011, s. 120 vd., YAZICIOĞLU Emine, Sigorta Aracıları Hukuku-I, İstanbul 2010

⁵ 2012 tarihli Gemi Acenteleri Yönetmeliğinin 2. maddesinde, Yönetmeliğin, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş ve Deniz Ticaret Odalarında kaydı bulunan ve gemi acentesi olarak faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişileri kapsadığı ifade edilmiştir.

⁶ “Acente kavramı TTK m. 116’da unsurları gösterilmek suretiyle tanımlanmıştır; başka bir tanımlı olarak, ayrı bir acente kavramı yaratılamaz. Burada belirtilmesi gereken hukuki bir esas vardır: Acentelik müessesesi, temel kanun olan ticaret kanununda düzenlenmiştir. Denizcilik faaliyetleri için başka acente kavramı yaratılamaz. Şu halde yönetmelikte Ticaret Kanunu hükümlerine göre acenteliğin temel kuralları ve niteliğine aykırı hükümler konamaz, sadece konunun özelliği gereği bazı ayrıntılar düzenlenebilir.” Bkz. KENDER Rayegan, Deniz Acenteliği Yönetmeliği Taslağı Hakkında, Deniz Hukuku Dergisi, Yıl 4, Sa. 3-4, s. 3, http://turkishmla.org/Dergiler/DHD_Yil_4_Sayi_3-4.pdf,

⁷ TTK gerekçesinde, “AET’nin 18/12/1986 tarihli ve 86/653 sayılı yönergesi çerçevesinde, AB üyelerinin acente hukukları hem uyumlaştırılmış hem de modernleştirildiği, yönergenin önem taşıyan düzenlemeleri, acentenin ücreti, korunması, fesih süreleri ve yabancı acentele-

ücretinin miktarı kural olarak acentelik sözleşmesi ile belirlenmektedir⁸. Buna karşın gemi acente ücretleri yasal bir tarife ile belirlenmiş ve acente tarafından alınacak ücretin, tarifede gösterilenlerden aşağı olamayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca, asgari ücretlere uyulmaması yaptırıma bağlanmıştır.

Denizcilik sahasında faaliyet gösteren acentelerin belirlenen ücret tarifelerini uygulamalarının zorunlu tutulması, özellikle küçük çaptaki acentelerle, diğer acenteler arasındaki rekabeti küçük ölçekli acenteler aleyhine olumsuz yönde etkilemiştir. Ortaya çıkan bu olumsuz durumun etkilerinden kaçınmak isteyen acenteler, asgari ücret tarifesinin altında fiyat uygulamaya ve bunu gizlemek için fiktif bir takım işlemler yapmak suretiyle, tarifedeki fiyatla, gerçekte uygulanan düşük fiyat arasındaki farkı telafi etmeye çalışmaktadırlar. Ancak, bu durumda da kambiyo mevzuatından kaynaklanan bir takım engellerle karşılaşmaktadırlar. Ayrıca, söz konusu tarifenin dışında bir fiyat uygulayan acentelerin tarife dışındaki işlemleri diğer acentelerce şikayet konusu edilebilmekte ve bu durumda haklarında yaptırım uygulanması söz konusu olabilmektedir.

Bu nedenle ücret tarifesi, uygulamada gemi acenteleri bakımından önemli bir sorun teşkil etmektedir. Konunun denizcilik sektörü bakımından önemi ve özelliği dolayısıyla bu çalışmada, gemi acente ücretlerine dair yasal düzenleme incelendikten sonra, bu ücret tarifesinin niteliği, ücret tarifesine uyulmamasının kambiyo mevzuatı açısından sonuçları, uygulanacak yaptırımlar ve yaptırımlara karşı itiraz yolları açıklanacaktır.

2. YASAL DÜZENLEME

Gemi acenteleri hakkındaki yasal düzenleme 2001 yılından beri yönetmeliklerle yapılmaktadır. Bu konuda ilk aşamada, “Deniz Acenteliği Yönetmeliği Taslağı” Denizcilik Müsteşarlığı tarafından hazırlanarak sektöre paylaşılmıştır⁹. Ardından, 2001 tarihli Gemi Acenteleri Hakkında Yönetmelik yürürlüğe konulmuştur. Ancak, sık aralıklarla çok sayıda yönetmelik yürürlüğe

re ilişkin olduğu, bu konuların AB'ye üye ülkelerde reform konularını oluşturduğu, bazı AB ülkelerinde acentenin hakları arasında, özellikle ücret hakkında ilgi çekici genişlemeler olduğu, Almanya'da 1989 değişikliğiyle, bazı şartlara bağlı olarak, acente sözleşmesinin sona ermesinden sonra yapılan sözleşmeler dolayısıyla da ücret ödenmesi kabul edildiği” ifade edilmektedir.

⁸ TTK m. 115: “Sözleşmede hüküm yoksa ücretin miktarı, acentenin bulunduğu yerdeki ticari teamüle, teamül de mevcut değilse hâlin gereğine göre o yerdeki asliye ticaret mahkemesince belirlenir”.

⁹ GAHY öncesinde Denizcilik Müsteşarlığı tarafından hazırlanan taslak “Deniz Acenteliği Yönetmeliği”nin değerlendirilmesi için bkz. KENDER, Deniz Acenteliği Taslağı s. 1-15

konulmuş ve bu yönetmeliklerde de kısa süre içerisinde muhtelif değişiklikler yapılmıştır. Gemi acenteleri ile ilgili hazırlanan yönetmelikler kronolojik sıra ile şunlardır:

- 2001 tarihli “Gemi Acenteleri Hakkında Yönetmelik (GAHY)”¹⁰,
- 2001 tarihli “Gemi Acenteleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”¹¹,
- 2005 tarihli “Gemi Acenteleri Hakkında Yönetmelik”¹²,
- 2005 tarihli “Gemi Acenteleri Hakkında Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik”¹³,
- 2011 tarihli “Gemi Acenteleri Yönetmeliği (GAY)”¹⁴.
- 2011 tarihli “Gemi Acenteleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılması Hakkında Yönetmelik”¹⁵,
- 2012 tarihli “Gemi Acenteleri Yönetmeliği”¹⁶.

¹⁰ 20/05/2001 tarih ve 24407 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/05/20010520.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/05/20010520.htm>

¹¹ 28/11/2001 tarih ve 24597 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/11/20011128.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/11/20011128.htm>

¹² 31.10.2005 tarih ve 25982 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?Home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/10/20051031-1.htm/20051031.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/10/20051031-1.htm>, 2005 tarihli GAHY hakkında değerlendirmeler için bkz. ALGANTÜRK LIGHT Didem, Gemi Acenteleri Hakkında Yönetmelik İle Getirilen Düzenlemeler Ve Değerlendirme, AÜEHFD, C. X, Sa. 1-2, 2006, s. 261-276, (http://www.erzincan.edu.tr/birim/Hukuk/Dergi/makale/2006_X_11.pdf, erişim 30 Temmuz 2013), KARA Hacı, Gemi Acenteleri Hakkında Yönetmeliğin Deniz Ticaretine Etkileri, (Dünya Gazetesi, Perşembe Rotası, 19 Ocak 2006)

¹³ 19.03.2008 tarih ve 26821 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/03/20080319.htm/20080319.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/03/20080319.htm>

¹⁴ 02.06.2011 tarih ve 27952 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/06/20110602-1.htm/20110602.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/06/20110602-1.htm>

¹⁵ 02.12.2011 tarih ve 28130 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/12/20111202-10.htm/20111202.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/12/20111202-10.htm>

¹⁶ 05.03.2012 tarih ve 28224 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120305-3.htm/20120305.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/03/20120305-3.htm>

Aslında, 2001 tarihli GAHY'nin ilk halinde gemi acente ücreti ile ilgili herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Gemi acente ücretleriyle ilgili düzenleme, GAHY'de 28/11/2001 tarihinde yapılan değişiklikle gerçekleştirilmiştir. Yapılan değişiklikle, GAHY'nin çalışma esasları başlıklı 9. maddesine ek 2. fıkra ilave edilmiştir. Ek 2. fıkrada; “*Acenteler verdikleri acentelik hizmetlerinde, Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca onaylanarak Resmî Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren “Gemi Acenteliği Hizmetleri Ücret Tarifesi” hükümlerine uymak zorundadırlar. Tarifedeki ücretler taban ücretler olup, acente tarafından alınacak ücret, tarifede gösterilenlerden aşağı olamaz*” denilerek, acentelerin bir ücret tarifesine uymaları ve fiili durumda uygulanacak ücretin de bu tarifedeki tutarlardan aşağı olamayacağı kararlaştırılmıştır.

Acente ücretlerinin miktar ve oranları GAHY’de belirtilmediğinden, ücret tarifeleri tebliğlerle belirlenmiştir. Günümüze kadar geçen zaman aralığında gemi acenteliği ücretleri aşağıdaki tebliğlerle belirlenmiş olup bunlar:

- 1987 tarihli “Gemi Acenteliği Hizmetleri Ücret Tarifesi”¹⁷,
- 1994 tarihli “Gemi Acenteliği Hizmetleri Ücret Tarifesi (İç ticaret 1994/1)”¹⁸,
- 1994 tarihli “Gemi Acenteliği Hizmetleri Ücret Tarifesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (İç ticaret 1994/2)”¹⁹,
- 1994 tarihli “Gemi Acenteliği Hizmetleri Ücret Tarifesi Tebliğinin Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (İç Ticaret 2000/1)”²⁰,
- 2004 tarihli “Gemi Acentelik Hizmetleri Ücret Tarifesine İlişkin

¹⁷ 27.11.1987 tarih ve 19647 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/08/20000821.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/08/20000821.htm>

¹⁸ 14.01.1994 tarih ve 21818 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21818.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21818.pdf>

¹⁹ 02.04.1994 tarih ve 21893 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21893.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21893.pdf>

²⁰ 21.08.2000 tarih ve 24147 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/08/20000821.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/08/20000821.htm>

Tebliğ (İç Ticaret: 2004/1)²¹

- 2008 tarihli “Gemi Acentelik Hizmetleri Ücret Tarifesine İlişkin Tebliğ (İTİG: 2008/1)”²².

Konunun ayrıntılı bir şekilde ortaya konulması bakımından, yönetmelik ve tebliğlerin gemi acente ücretlerini düzenleyen hükümleri aşağıda açıklanacaktır.

3. GEMİ ACENTE ÜCRET TARİFESİNİN NİTELİĞİ

Ücretlerin niteliği hususunda sadece 2001 tarihli GAHY hüküm içermekte ve bu hükümde; gemi acenteliği hizmetleri ücret tarifesindeki ücretlerin taban ücretler olduğu, acente tarafından alınacak ücretlerin tarifede gösterilenlerden aşağı olamayacağı ve acentelerin verdikleri hizmetlerde ücret tarifesi hükümlerine uymak zorunda olduğu ifade edilmektedir.

2001 tarihli GAHY’den sonra yürürlüğe konulan yönetmeliklerde, ücret tarifesine uyulmasının zorunlu olduğuna dair hükümlere yer verilmişse de bu tutarların; asgari mi, azami mi, yoksa tavsiye niteliğinde mi olduğu açıkça belirtilmemiştir²³. 2012 tarihli Yönetmeliğin 11/1(c) maddesinde benzer

²¹ Gemi Acentelik Hizmetleri Ücret Tarifesine İlişkin Tebliğ (İç Ticaret: 2004/1) Deniz Ticaret Odaları tarafından 5590 sayılı Kanun ve 2567 sayılı Kanunla değişik 5 inci maddenin (p) bendi gereğince hazırlanarak, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na yürürlüğe konulmuştur. 08.01.2004 tarih ve 25340 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/01/20040108.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/01/20040108.htm>,

²² TOBB Kanuna istinaden Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca onaylanan Gemi Acentelik Hizmetleri Ücret Tarifesine İlişkin Tebliğ (İTİG: 2008/1) 10/03/2008 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. 10/03/2008 tarih ve 26812 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/03/20080310.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/03/20080310.htm>

²³ 2005 tarihli GAHY’nin “Çalışma esasları ve gemi acenteleri ücret tarifesi” başlığı altında 21. maddesi 2. fıkrasında: “Gemi acenteleri verdikleri acentelik hizmetlerinde, belirlenen ve onaylanan gemi acenteliği hizmetleri ücret tarifesi hükümlerine uymak zorundadırlar.” denilmekte, devamla 21. maddenin 3. fıkrasındaki: “Gemi ve taşınan eşya/yolcuya ilişkin her türlü vergi, resim, harç, pul giderleri ile gemi ve yükün mevzuata uygun olmaması nedeniyle ödenmesi gereken giderler; navlun tahsili ve havale giderleri, donatan, işletmeci veya kaptanın onayı alınmak suretiyle donatan, işletmeci ve gemi personeli adına yapılan her türlü ödeme acentelik ücretine dahil değildir.” ifadesiyle hangi ücretlerin acente ücreti kapsamında olmadığı belirtilmektedir.

2008 tarihli Gemi Acenteleri Hakkında Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 11. maddesi ile GAHY 21 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir: “Gemi acenteleri, özel ve ticari yatılara verdikleri hizmetler hariç olmak üzere, acentelik hizmetlerinde belirlenen ve onaylanan gemi acenteliği hizmetleri ücret tarifesi hükümlerine uymak zorundadırlar”. Yapılan bu değişiklikle özel ve ticari yatılara verilen hizmetlerin, acente ücret tarifesi dışında olacağı düzenlenmiştir.

şekilde, “*gemi acenteleri 8/5/2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (p) bendi uyarınca yayımlanan gemi acenteliği hizmetleri ücret tarifesiyle ilgili tebliğ hükümlerine uymak zorundadırlar*” denilmektedir. Bu maddeyle gemi acenteliği hizmetlerine ilişkin ücret tarifesinin, 5174 sayılı Türkiye Odalar Ve Borsalar Birliği İle Odalar Ve Borsalar Kanunu (TOBB Kanunu)’nun 12/1(p) maddesine²⁴ göre belirleneceğini belirtilmekle beraber, madde ücretin niteliği hususunda bir açıklama içermemektedir.

Bugüne kadarki yönetmeliklerde, gemi acentelerinin uygulayacağı ücretin niteliği yani ücret tarifesinin azami mi yoksa asgari mi olduğunun belirtilmemesine karşın, ücret tarifelerinin düzenlendiği 2004 tarihli Tebliğin²⁵ 2. maddesinde, Tebliğ ile acentelik hizmetlerine dair ücretlerin asgari düzeyinin belirlendiği ve bu ücretlerin taban ücret olduğu ifade edilmiştir.

Aynı şekilde, 2004 tarihli Tebliği yürürlükten kaldıran 2008/1 sayılı Tebliğ’in 7. maddesinde de, “*Bu Tebliğe ekli cetvellerde gösterilen miktarlar, taban ücretlerdir. Alınacak ücretler, bu Tebliğde belirtilen cetvellerdeki ücretlerden aşağı olamaz*” denilmek suretiyle, Tebliğe ekli cetvellerde gösterilen miktarların, taban ücret olduğu belirtilmiştir.

Bu yasal düzenleme bağlamında, ücretin taban ya da diğer deyişle asgari ücret olarak belirlenmiş olmasının hukuka uygun olup olmadığını değerlendirmek gerekecektir. Hukukumuzda, gerçek ya da tüzel kişilerin asgari bir ücret tarifesini uygulamakla mükellef tutulabilmesi, bu konuda bir zorunluluk öngörülebilmesi için, her şeyden önce bu zorunluluğun ancak bir kanun ile veya dayanak kanununda açıkça belirtilmesi kaydıyla bir yönetmelikle düzenlenmesi gerekmektedir. Asgari ücret zorunluluğuna dair mevcut yasal düzenlemelerin de bu yönde olduğu görülmektedir²⁶.

2011 tarihli GAY’ın 24/1. maddesi “Gemi acenteliği hizmetleri ücret tarifesi” başlığı altında ücretleri düzenlemektedir. Bu maddeye göre: “*Gemi acenteliği hizmetlerine ilişkin ücret tarifesi, tebliğ ile belirlenir*”. Bu madde ile gemi acenteliği hizmetlerine ilişkin ücret tarifesinin bir tebliğ ile belirlenmesi hükme bağlanmıştır.

²⁴ GAY ile atıf yapılan TOBB Kanunu 12. maddesi Odaların görevlerini düzenlemektedir. 12. maddenin (p) bendi ile, “*Deniz acenteliği hizmet ücret tarifelerini hazırlamak ve Bakanlığın onayına sunmak*” Odaların görevleri arasında sayılmıştır.

²⁵ 1. maddesinde Tebliğin amacının, “*Türkiye Karasularında, iç sularında ve nehirlerinde sefer yaparak yük ve yolcu taşıyan veya Türk Boğazları’ndan geçen deniz taşıt ve araçlarının acentelik hizmetlerini ifa eden gemi acentelerinin hizmet ücret tarifesinin belirlenmesi*” olduğu ifade edilmiştir.

²⁶ 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 164 (Avukatlık ücreti), 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik Ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu m. 46 (Serbest muhasebeci mali mü-

Halbuki, Yönetmeliğin 11/1. maddesi dışında, gemi acentelerinin bir ücret tarifesi uygulaması gerektiğine dair herhangi bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Konuyla ilgili 5174 sayılı TOBB Kanununda ise Odaların görevleri düzenlenmekte ve 12/p maddesinde (önceki 5590 sayılı Kanun m. 5/p)²⁷, “Deniz acenteliği hizmet ücret tarifelerini hazırlamak ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığının tasdikine sunmak”, Odaların görevleri arasında sayılmaktadır. Yani, TOBB Kanunu uyulması zorunlu bir asgari ücreti düzenlememektedir. Dolayısıyla, gemi acente ücretlerinin asgari bir ücret olduğu ve ücret tarifesinde belirlenenden aşağı bir tutarın belirlenemeyeceğine dair herhangi bir kanunda hüküm bulunmamaktadır.

Ayrıca, 2012 tarihli GAY’daki ücret tarifelerine uyulmasına ilişkin 11/1(c) maddesinin kapsamı Tebliğ ile genişletilmiş ve 2008 tarihli Tebliğin 7. maddesinde, bu Tebliğe ekli cetvellerde gösterilen miktarların, taban ücret olduğu ifade edilmiştir. Genel olarak kanunlar hiyerarşisi bakımından, böyle bir düzenlemenin de hukuka aykırı olduğu görülmektedir.

Bahse konu hukuka aykırılıklar bir yana, bu şekildeki bir düzenleme rekabet hukukumuz açısından da aykırılık teşkil etmektedir. Konuyla ilgili Rekabet Kurulu’nun verdiği bir karar bu aykırılığı açıkça teyit etmektedir. Şöyle ki, Rekabet Kurulu’nun verdiği kararda, “Vapur Donatanları ve Acenteleri Derneği’nin almış olduğu kararlar ile üyesi teşebbüsleri önceden belirlenen asgari free-in/free-out ücretlerine uymaya zorladığı, ayrıca konteynır sayısı ve konteynır terminallerinin bulunduğu coğrafyalar itibariyle pazarın paylaşıldığı, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun’un ihlal edildiği” iddiası ile yapılan şikayet üzerine verdiği 27/10/2004 tarihli kararın gerekçesinde: “Öte yandan, acentelerin takip ettikleri free-in/free-out hizmetlerine ilişkin ücretler ile ilgisi bulunmamakla birlikte, yapılan inceleme esnasında Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan, 8.1.2004 tarih, 25340 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2004/1 sayılı “Gemi Acentelik Hizmetleri Ücret Tarifesine ilişkin Tebliğ” in ekinde yer alan ve Tebliğ’in 4.maddesi (g-1) bendinde “acentelik ücreti” olarak tanımlanan ücret tarifelerinin

şavirlik veya yeminli mali müşavirlik ücreti), 4458 sayılı Gümrük Kanunu geçici m. 6/10, (Gümrük müşavir ücreti) ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği Üyelerinin değerlendirme hizmet ücreti), Elektrik Mühendisleri Odası En Az Ücret Ve Mesleki Denetim Uygulama Esasları Yönetmeliği (dayanak 6235 sayılı Türk Mühendis Ve Mimar Odaları Birliği Kanunu)

²⁷ 8.3.1950 tarih ve 5590 sayılı “Ticaret Ve Sanayi Odaları”, “Ticaret Odaları”, “Sanayi Odaları”, “Deniz Ticaret Odaları”, “Ticaret Borsaları” Ve “Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları Ve Ticaret Borsaları Birliği” Kanunu”, 18.5.2004 ve 5174 sayılı TOBB Kanunu m. 103 ile yürürlükten kaldırılmıştır.

asgari ücret tarifeleri olduğu anlaşılmıştır. Tebliğ'e dayanak teşkil eden 5174 sayılı Kanun'un 12.maddesi (p) bendi, Deniz Ticaret Odası'na ücret tarifeleri hazırlayarak Bakanlığın onayına sunma görevini vermektedir. Ne var ki ne 5174 sayılı ne de 5590 sayılı Kanun'da "asgari" ücret tarifesi bahsedilmektedir. Kanun koyucu ilgili merciyeye ücret tarifesi hazırlama ve Bakanlık onayına sunma görevi vermiş, fakat bu tarihenin asgari ücret tarifesi olmasını zorunlu kılmamıştır. Bu çerçevede bahse konu tarifelerin "tavsiye niteliğinde" ücret tarifeleri olarak düzenlenmesi suretiyle, Tebliğ'in 4054 sayılı Kanun'un mal ve hizmet piyasalarının serbest ve sağlıklı bir rekabet ortamı içinde teşekkülü ve gelişmesinin sağlanması amacı ile uyumlu hale geleceği, bu bakımdan gerekli ve yararlı görülen Tebliğ'de belirtilen şekilde yapılacak değişiklik konusunda Kanun'un 27. maddesinin (g) bendi kapsamında değerlendirilmek üzere ilgili Bakanlığa görüş bildirilmesinin uygun olacağı kanaatine varılmıştır". denilmektedir²⁸. Sonuç olarak Rekabet Kurulu bahse konu kararıyla, Acente Ücret Tarifesinde yer alan ücretlerin "tavsiye ücret niteliğinde" değerlendirilmesinin, rekabet hukuku açısından uygun olacağı kanaatine varmıştır.

2012 GAY'da acentelerin Tebliğ ile belirlenen ücret tarifesine uymakla yükümlü olduğu, konuya dair 2008 tarihli Tebliğde ise acentelik ücretleri asgari ücret olarak belirlendiğine göre, bu ücret asgari bu ücret tarifesinin uygulanmamasının herhangi bir cezai yaptırıma tabi olup, olmadığını tespiti önem arz etmektedir. Yaptırımlarla ilgili düzenlemeler, 20012 tarihli GAY ve 2008 tarihli Tebliğ hükümleri çerçevesinde incelenecektir.

4. ÜCRET TARİFESİNE UYULMAMASININ YAPTIRIMLARI

Acentelik ücret tarifesine uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımlar incelendiğinde, 2012 tarihli GAY ve 2008 tarihli Tebliğde hükümler bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla, 2012 tarihli GAY ve 2008 tarihli Tebliğde uygulanması öngörülen cezai yaptırımların da değerlendirilmesi gerekecektir.

A-) 2012 Tarihli Gemi Acenteleri Yönetmeliği'ne Göre Uygulanacak Yaptırımlar

2012 tarihli GAY'ın gemi acentelerinin sorumluluklarını düzenleyen 11/1 (c) maddesi gereğince gemi acenteleri, "Gemi acenteliği hizmetleri ücret tarifesiyle ilgili tebliğ hükümlerine uymak" zorundadır. Bu tarifeye

²⁸ Rekabet Kurulunun 27/10/2004 tarih, 2004-4-125 Dosya ve 04-69/980-238 Karar Sayılı kararı, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar1007.pdf>

uyulmamanın yaptırımı da GAY 14/1. madde ile belirlenmiştir. Bu maddeye göre, “*ücret tarifesine uymayarak 11/1 (a), (b) ve (c) maddesi hükümlerine aykırı hareket ettiği tespit edilen acentelerin faaliyetleri 15 gün, tekrarı halinde 30 gün süre ile durdurulur*”. Böylece, ücret tarifesine aykırı davranan acentelerin 15 gün süreyle faaliyetten men edilecekleri ve bunun tekrarı halinde uygulanacak yaptırım süresinin iki katına çıkarılacağı kabul edilmiştir.

Ayrıca, 15/1(d) maddesiyle, “*14 üncü maddenin birinci fıkrasına göre uygulanan yaptırımları müteakip sorumluluklarını yerine getirmeyenlerin*” yetki belgelerinin iptal edileceği ve 15. maddenin 2. fıkrasında da, “*yetki belgesi iptal edilen veya faaliyetleri durdurulan acentelere ait bilgilerin İdarenin internet sitesinde duyurulacağı, ayrıca, yetki belgesi iptal edilen acentelere ait bilgilerin ilgili diğer kurum ve kuruluşlara İdare tarafından bildirileceği*” yaptırımı öngörülmüştür.

Yetki belgesi bu şekilde iptal edilen acentelerin, yeniden faaliyete başlama şartları ise 16. maddede yer alan: “*15 inci maddenin birinci fıkrasının (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen durumlardan dolayı yetki belgesi iptal edilen acenteye, iki yıl boyunca yeniden yetki belgesi düzenlenmez*” ifadesi ile ağır bir yaptırıma tabi tutulmuştur.

B-) Gemi Acentelik Hizmetleri Ücret Tarifesine İlişkin Tebliğ’e Göre Uygulanacak Yaptırımlar

2012 tarihli GAY’ın 21. maddesi gereğince gemi acentelerinin, acentelik hizmetlerinde belirlenen ücret tarifelerini uygulamak zorunda oldukları, ücret tarifesinin ise en son 2008 tarihli Tebliğ ile düzenlendiği yukarıda açıklanmıştı. Tebliğ ile belirlenen ücretlerin altında hizmet satanlar ve alanlar hakkında, Tebliğin 10 uncu maddesinde belirtilen cezai yaptırımların uygulanması gerekecektir.

Tebliğde gösterilen cetvellerdeki ücretlerin altında hizmet satanlar ve alanlar hakkında uygulanması öngörülen cezai yaptırımı düzenleyen 10. maddeye göre, “*gemi acenteliği faaliyetinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler; bu Tebliğde belirtilen esaslar ile ekte sunulan taban ücret tarife cetvellerini uygulamakla yükümlüdür. Bu Tebliğ ekinde belirtilen taban ücretlerden aşağı hizmet alınamaz ve satılamaz. Bu uygulama dışına çıkanlar; diğer mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 5174 sayılı TOBB Kanununun 87 ve 93 üncü maddelerine istinaden Deniz Ticaret Odaları tarafından cezalandırılacaktır*”²⁹.

²⁹ 2004 tarihli Tebliğde ise Tebliğ’in Cezai Hükümler Başlıklı 10.maddesinin c bendinde, 1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu’nun 1. maddesine istinaden yayımlanan 32

Görüldüğü üzere tebliğin kapsamı, GAY'a göre daha geniş tutulmuş ve sadece acentelik hizmetini verenlerin değil, hizmetten yararlananların da yaptırımı tabi olacakları düzenlenmiştir. Tebliğdeki düzenlemede her ne kadar bu Tebliğin, “*Türkiye Karasularında, iç sularında ve nehirlerinde sefer yaparak yük ve yolcu taşıyan veya Türk Boğazları'ndan geçen deniz taşıt ve araçlarına uygulanacağı*” belirtilmişse de, hizmeti alan yabancı bir şirket olduğunda, yabancı bu şirkete disiplin yaptırımı uygulamak mümkün olmayacağından, burada hizmeti alanlar kapsamında, cezai yaptırımı muhatap kişilerin sadece Türk gerçek ve tüzel kişiler olacağı anlaşılmaktadır.

Tebliğin atıfta bulunduğu TOBB Kanununun 87. Maddesi, “Disiplin Suç ve Cezaları” başlığı altında “disiplin yaptırımlarını”, 93. maddesi de, “Para Cezalarını” düzenlemektedir. TOBB Kanununun 87. maddesi ile disiplin cezaları; uyarı, kınama, Üyelikten geçici çıkarma ve Üyelikten uzun süreli çıkarma şeklinde düzenlenmiştir.

TOBB Kanununda kınama müeyyidesi; “*mesleki tutum ve davranışlarında kusurlu sayıldığı için ilgili üyeye bir yazıyla bildirilmesi*” olarak tanımlanmış ve kınama cezasını gerektiren fiil ve haller 6 bent halinde sayılmıştır³⁰. Kanunda düzenlenen fiil ve haller incelendiğinde bunlar arasında, “tarifelere uyulmaması” fiilinin yer almadığı, bununla ilgili herhangi bir cezai yaptırım öngörülmediği görülmektedir.

TOBB Kanununda Disiplin suç ve cezaları hakkındaki esasların Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi hükme bağlanmıştır. TOBB Kanunundaki hüküm gereğince, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı; 02/03/2005 tarih ve 25743 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan “Oda ve Borsa Üyelerine Verilecek Disiplin ve Para Cezaları İle Disiplin Kurulu ve Yüksek Disiplin

Sayı Kararın (“Karar”) 21. maddesi uyarınca cezai işlem yapılacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm çerçevesinde Bakanlık, “ilgili kişilerin faaliyetlerini kısmen veya tamamen, geçici veya sürekli olarak durdurmaya veya müteakip işlemleri teminata bağlamaya, gerektiğinde bu teminatı kısmen veya tamamen Hazine’ye gelir olarak kaydetmeye veya haklı veya mücbir sebeplerin var olması halinde teminatları kaldırmaya” yetkilidir.

³⁰ TOBB Kanunu madde 87/b: “*Kınama; mesleki tutum ve davranışlarında kusurlu sayıldığı için ilgili üyeye bir yazıyla bildirilmesidir. Kınama cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır: 1) Üyesi olduğu odanın, borsanın veya Birliğin itibarını zedeleyici asılsız yayında bulunmak, 2) Müşterisine veya iş sahiplerine karşı taahhütlerini yerine getirmemek, 3) İş ilişkisinde bulunduğu kişiler hakkında haksız ithamda bulunmak, 4) Satışa arz olunan malların niteliği veya miktarı bakımından gerçeğe aykırı beyanda bulunmak, 5) Nizami olmayan ölçü ve tartı aletlerini bilerek kullanmak.*

6) İki yıl içinde birden fazla uyarı cezasını gerektirecek bir davranışta bulunmak, 7) Organ seçimlerinin düzen içinde ve sağlıklı biçimde yürütülmesi amacıyla, hakimin ve seçim sandık kurulunun aldığı tedbirlere uymamak”.

Kurulu Hakkında Yönetmelik”i yürürlüğe koymuştur³¹. TOBB Kanunu ile Disiplin Yönetmeliği karşılaştırıldığında, Kanunda yer almayan fiillerin Disiplin Yönetmeliğinin 5/b. 8 ve 9’da düzenlendiği görülmektedir. Disiplin Yönetmeliğinin 5/b. 9 maddesindeki “*ilgili mevzuatta kınama cezası ile cezalandırılması öngörülen fiil ve hallerde bulunmak*” hükmünün yeni bir suç ihdas etmediği, diğer ilgili mevzuatta (-eğer var ise-) düzenlenen suçlara atıfta bulunduğu, bu nedenle Kanun kapsamının aşılmadığı ileri sürülebilecektir. Buna karşın, Yönetmeliğin 5/b. 8 maddesindeki, “*mal ve hizmetlere ilişkin azami fiyat tarifelerini bulundurulması gerekli yerlerde bulundurmamak veya bu tarifelere uymamak*” fiilinin Kanunda yer almadığı, Yönetmelikle yeni bir suç ihdas edildiği açıktır.

Bir diğer ifadeyle, mal ve hizmetlere ilişkin azami fiyat tarifelerini bulundurulması gerekli yerlerde bulundurmamak veya bu tarifelere uymamak, fiiline Kanunda yer verilmemiş iken, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılan Yönetmelikte, bahse konu bu fiilinin de kınama cezası gerektiren bir eylem olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Halbuki, TOBB Kanununun 87. madde son fıkrasında “*Bu maddede düzenlenen cezalar disiplin kurulunun teklifi üzerine meclis tarafından verilir*” denilmektedir. Dolayısıyla, Disiplin suç ve cezaları hakkındaki esasları belirleyen Yönetmeliğin de bu sınırlar içerisinde kalması gerekmektedir³².

Bu hükümlerin uygulanmasıyla ilgili yaşanan gerçek bir olayı; hem yukarıda izah olunan hükümlerin uygulanmasını, hem de Deniz Ticaret Odasının ve TOBB’un konuya yaklaşımlarını göstermesi bakımından burada zikretmek faydalı olacaktır.

Bahse konu bu olayda, gemi acentesi olarak çalışan bir şirket, müşterileri armatör tarafından 23/9/2008 tarihinde Irak petrolünü yüklemek üzere gelecek bir tanker için acente tayin edildiklerini, tarifeye uygun proforma hazırlayarak armatöre gönderdiklerini, geminin tarife uyarınca acentelik ve

³¹ 02/03/2005 tarih ve 25743 sayılı Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/03/20050302.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/03/20050302.htm>

³² Yönetmeliklerin de idari bir işlem olmaları nedeniyle hukuka aykırılıklarından dolayı iptali talep edilebilir. Bu konudaki davanın Yönetmeliğin yayımlanmasından itibaren 60 gün içerisinde açılması gerekmektedir. Şu kadar ki, süresinde iptali istenmemiş bir yönetmelik hükmünün uygulanması üzerine, yapılan işlemlere karşı ilgililerin 60 gün içerisinde açacakları davada idari işlemin iptali istenebileceği gibi, söz konusu yönetmelik hükümlerinin de iptali talep edilebilir.

gözetim ücretlerinin, toplam Euro 10,259 (7,225x1,42 ABD Doları) olduğunu, ancak 15/9/2008 tarihinde armatörün; toplam acentelik ücreti olarak diğer bir acenteden 4,283 ABD Doları teklif aldığını ve bu nedenle teklifi veren şirkete işi verdiklerini kendilerine bildirildiğini, bu şekilde acentelik ücretinden yüzde 60'lık indirim yapılmasının gayri kanuni olduğu iddiası ile düşük ücret uygulayan acenteyi, hakkında yasal işlem yapılması talebiyle İstanbul Ve Marmara, Ege, Akdeniz, Karadeniz Bölgeleri (İMEAK) Deniz Ticareti Odası'na şikayet etmiştir. Bunun üzerine Deniz Ticareti Odası şikâyet edilen denizcilik şirketinin yazılı savunmasını istemiştir. Deniz Ticareti Odası Meclis Disiplin Kurulu 27/01/2009 tarihli toplantısında, şikayete konu şirketin, mesleki tutum ve davranışlarında kusurlu sayıldığına, bu nedenle kınama cezası verilmesine karar vermiştir. Disiplin Kurulu kararı Oda Meclisince de onanmıştır.

Yapılan itiraz üzerine, TOBB Yüksek Disiplin Kurulu'nun 16/4/2009 tarihli toplantısında alınan karar ile İMEAK Deniz Ticaret Odası'na verilen kınama cezasında isabet bulunmadığından bahisle, söz konusu cezanın kaldırılmasına karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde: "...tecziye soruşturmasına esas fezlekede maddi unsur mal ve hizmetlere ilişkin azami fiyat tarifesine göre azami tarifeden %60 indirim yapıldığı nitelemesi olduğu, bu hususun 4054 sayılı Rekabetin Korunması hakkındaki Kanun hükümleri karşısında suç izafesine gerekçe olamayacağı, Tacirin azami fiyatları aşmamak kaydıyla daha alt noktalarda fiyat belirlemesinin serbest rekabet işleyişinin gereği bir durum olduğu, Fezlekede diğer tacirleri tüketiciyi veya üçüncü kişiyi, sunulan mal ve hizmetin kalitesinde aldatıcı bir yön bulunduğuna dair bir niteleme bulunmadığı, Ayrıca yerel disiplin soruşturması incelenmesi ve belge toplama yönüyle eksiklikler içerdiği ifade edilmiştir³³.

Bu karardan da anlaşıldığı üzere, Deniz Ticaret Odası tarifedeki ücretin altında bir ücret uygulanmasını cezalandırılması gereken bir fiil olarak kabul ederken, bir üst itiraz mercii konumundaki TOBB ise ücret tarifesini azami fiyat olarak kabul etmekte ve bu tutardan indirim yapılmasını hukuka aykırı saymamaktadır.

³³ Şikayete konu olan bu olay, yargıya intikal etmediğinden, herhangi bir yerde yayımlanmamıştır.

5. GEMİ ACENTE ÜCRETLERİNE UYULMAMASI VE KAMBIYO MEVZUATI

Gemi acenteleri yabancı gemilere de hizmet vermektedir. Bundan dolayı, acentelerin tahsil ettikleri ücret ve masraflarla ilgili olarak, 2008 tarihli Tebliğde kambiyo mevzuatına atıfta bulunmaktadır. Tebliğin 6. maddesine göre: “Türkiye limanlarına sefer yapan veya Türk Boğazlarından geçen gemilerin acentelik, koruyucu acentelik, komisyon, primaj, gözetim, liman ücretleri ile diğer masrafların tamamının, peşin olarak gemi acenteliği yapan gerçek ve tüzel kişilerin hesabına gelmesi zorunludur. Türk limanlarına tarifeli veya düzenli sefer yapan gemilerin liman masraflarının ödenmesi işlemlerinde, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanun ile Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karar uyarınca yayımlanan “Görünmeyen Muameleler Tebliği” hükümleri uygulanır”.

Kambiyo mevzuatında, görünmeyen işlemler, 1567 Sayılı “Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu”nun 1. maddesine istinaden yayımlanan “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar”ın³⁴ 10 ve 11. maddelerinde düzenlenmiştir³⁵. Kambiyo mevzuatı gereğince Türkiye’de yerleşik kişilerin yurtdışında yerleşik kişilere yaptıkları hizmet ve işlemler “hizmet ihracatı” hükmündedir. Gemi acenteleri bu kişiler için veya bunlar adına yurt içinde yapmış oldukları hizmetler karşılığı dövizleri, dışarıda yerleşik kişiler nam ve hesabına gider karşılığı olarak harcama yaparlar. Uluslararası alanda her türlü mal ve hizmet ihraç veya aracılık edenler,

³⁴ <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/mevzuat/DISILISKILER/32sayilikarar.htm>

³⁵ Resmi Gazete’nin 11 Ağustos 1989 tarihindeki nüshasında yayımlanan 32 Sayılı Karar hükümleri (10 ve 11. maddeler) aynen yürürlüğünü korumaktadır. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar’a ilişkin birçok düzenleme yapılmıştır. Bir kısmı yürürlükten kaldırılan bu tebliğlerden 2008-32/34 Sayılı Tebliğ’de görünmeyen işlemlerle ilgili herhangi bir ayrıntılı düzenleme maddesi bulunmamaktadır. Tebliğin ‘usul ve müşterek hükümler’ başlıklı 16. maddesi birinci fıkrası Merkez Bankası genelgesine tebliğ hükmü statüsü kazandırmak için konulmuştu. “Madde 16- Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kararlar ve bu kararlara ilişkin tebliğler uyarınca Merkez Bankasınca çıkarılan genelgeler tebliğ hükmündedir...” Bu madde hükmünden hareketle Merkez Bankası’nın I-M genelgesinin başlığında 2008 – 32/34 Sayılı Tebliğe gönderme yapılmıştır. Genelgeye ‘tebliğ’ hukuki statüsü kazandırılmıştır. Resmi Gazete’nin 03.07.1991 tarih ve 20918 Sayılı nüshasında yayımlanan Tebliğin başlığı şöyledir: “Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar ile Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı’nın 2008 – 32/34 tebliğine ilişkin Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Genelgesi” Tebliğin birinci bölümü Türk Parası, döviz, kıymetli maden, taş ve eşyalara ilişkin hükümlerdir. İkinci bölüm tebliğ hükümleri görünmeyen işlemler hakkındadır. BAKOVA Raif, Kambiyo Mevzuatı, b. 1, Eskişehir 2012, s. 120, (<http://ds.anadolu.edu.tr/eKitap/TIC207U.pdf>, erişim 22 Temmuz 2013)

bu işlemlerden doğan alacaklarını bu kanun hükümleri gereğince yurda getirmekle yükümlüdürler³⁶.

Bu nedenle, bir an için Acente Ücret Tarifesindeki yaptırımlardan kaçınmak için acentenin ücret tarifesine göre fatura düzenleyip, gerçekte ise daha düşük ücret tahsil edilmesi durumunda döviz hesaplarının yasal süre içerisinde kapatılması gerekecektir. Bunun kapatılmasında başvurulacak yöntemlerden biri olarak terkin işlemi yapılması düşünülebilecektir. Bu şekilde terkin işlemi yapılması halinde de, mevzuat açısından usulüne uygun kapatma yapılmış kabul edilebilecektir. Hesapların kapatılmasında gerek bu yola başvurulması, gerekse başka bir yol izlenmesi konuyu sadece kambiyo mevzuatı açısından çözecektir. Ancak, acentelik ücret tahsilatlarının düzenli olarak Tebliğ'de belirtilen rakamların altında kalması halinde, bu çözüm oluşabilecek riski ortadan kaldırmayacaktır. Kaldı ki, kambiyo hesaplarının üçüncü şahıslardan döviz transferi ya da terkin suretiyle kapatılması, gereken tahsilatların müşterilerden yapılmadığı konusunda da bir karine teşkil edebilecektir. Bu nedenle, muhasebe kayıtlarında, hem faturaların hem de tahsilatların Tebliğ'e uygun olarak yapıldığının ispat edilebilir durumda olması gerekecektir.

6. YAPTIRIMLARININ UYGULANMA ESASLARI VE İTİRAZ

TOBB Kanununun 89. ve Disiplin Yönetmeliğinin 6. maddesi gereğince Oda ve Borsa Yönetim Kurulları, ihbar veya şikayet üzerine ya da davranışı doğrudan öğrenmesi halinde resen on gün içinde disiplin soruşturması açılması hususunda karar vermek zorundadır.

Oda ve Borsa Disiplin Kurulları, yönetim kurulunun soruşturma açılmasına dair kararının kendilerine iletilmesinden itibaren en çok iki ay içinde suç oluştuğuna kanaat getirerek ceza önermek veya suç oluşmadığına ve dolayısıyla ceza gerekmediğine ilişkin karar vermek zorundadır. Lüzumu halinde bu süre yönetim kurulu kararı ile uzatılabilir. Disiplin soruşturması en geç bir yıl içinde sonuçlandırılır. Nihayet, disiplin soruşturmasının her halde, eylem ve davranışın gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde açılması gerekmektedir.

³⁶ Türkiye ekonomisinde liberalleşme çalışmalarının başladığı 1983 yılından itibaren 28 ve 30 Sayılı Karar'larda görünmeyen işlemler ile ilgili kısıt ve yasaklamalar da kaldırılmıştır. Halen 32 Sayılı Karar, 2008 – 32/34 sayılı Tebliğ ve Merkez Bankası I-M genelgesinin belirlediği ilke ve usuller uygulanmaktadır. Görünmeyen işlemlerin yurt dışına yapılan hizmetler ve yurt dışından sağlanan hizmetler olarak iki yönü vardır. Türkiye'de yerleşik kişiler tarafından verilen hizmet ve gider karşılıklarının yurda getirilmesi esastır ve serbestçe kullanılabilir. BAKOVA, s. 137

TOBB Kanununun 92. ve Disiplin Yönetmeliğininin 14. maddesine göre İlgililer, Oda ve Borsa disiplin kurulunun veya meclisinin disiplin cezası verilmemesine ilişkin kararları ile meclis tarafından verilen uyarma cezası dışındaki disiplin cezalarına karşı tebellüğ tarihinden itibaren on beş gün içinde (postada geçen süreler itiraz süresine dahil edilmez), itiraz edenin kimliği, adresi ve imzası bulunan bir dilekçe ile Yüksek Disiplin Kuruluna³⁷ itiraz edebilir.

İlgililer, Oda ve Borsa meclisi tarafından verilen disiplin cezalarına ve itiraz üzerine Yüksek Disiplin Kurulu tarafından verilen kararlara karşı tebellüğ tarihinden itibaren altmış gün içinde idari yargı yoluna başvurabilir. İdari yargı yoluna başvurulması verilen disiplin cezasının uygulanmasını durdurmaz. Yüksek Disiplin Kurulunun disiplin cezasının onanmasına veya kaldırılmasına dair kararlarına karşı ise taraflarca tebellüğ tarihinden itibaren altmış gün içinde idari yargı yoluna başvurulabilir.

7. SONUÇ

Gemi acentelerinin tabi oldukları esaslar ile verdikleri hizmet karşılığında alacakları ücretin ne şekilde belirleneceği yönetmeliklerle düzenlenmiş ve bu konuda en son 2012 tarihli GAY yürürlüğe konulmuştur. GAY'a göre gemi acentelerinin alacakları ücretler, TOBB Kanunu m. 12/p gereğince, Odalarca belirlenecektir. Bu kapsamda, Türkiye Karasularında, iç sularında ve nehirlerinde sefer yaparak yük ve yolcu taşıyan veya Türk Boğazları'ndan geçen deniz taşıt ve araçlarının acentelik hizmetlerini ifa eden "Gemi Acenteleri"nin hizmet ücret tarifesinin belirlenmesi amacıyla, 2008 tarihli Tebliğ yayımlanmıştır. Tebliğ ile belirlenen tarifeye uyulmaması halinde ise yaptırım uygulanması kabul edilmiştir. Bu çalışmamızda yer alan açıklamalar ışığında varılan sonuçları özetleyecek olursak:

1-) 2012 tarihli GAY ile gemi acentelerinin acentelik ücret tarifesini uygulamak zorunda oldukları hükme bağlanmıştır. Ancak, ücretlerin niteliği konusunda 2001 tarihli GAHY dışındaki yönetmeliklerde düzenleme yapılmamıştır. Buna karşın yürürlükte bulunan 2008 tarihli Tebliğde, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş ve Deniz Ticaret Odalarına kayıtlı olarak faaliyet gösteren gerçek ve tüzel kişilerin verdikleri acentelik hizmetleri ücretlerinin asgari düzeyinin belirlendiği ifade edilmiştir.

³⁷ Disiplin Yönetmeliği madde 30: "Yüksek Disiplin Kurulu, Birlik (Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği) Genel Kurulu tarafından delegeler arasından yargı gözetiminde ve gizli oyla dört yıl için seçilen altı üyeden oluşur. Aynı sayıda yedek üye seçilir".

2-) Asgari ücret tarifesine uyulmaması halinde, hizmet satanlar ve alanlar hakkında 5174 sayılı TOBB Kanunu'nun 87 ve 93 üncü maddelerine istinaden Deniz Ticaret Odaları tarafından cezai yaptırım uygulanması gerekecektir. Ancak, Tebliğde asgari ücretten bahsedilmesine karşın, Oda ve Borsa Üyelerine Verilecek Disiplin ve Para Cezaları İle Disiplin Kurulu ve Yüksek Disiplin Kurulu Hakkında Yönetmelikte cezalandırılacak fiil; *“Mal ve hizmetlere ilişkin azami fiyat tarifelerini bulundurulması gerekli yerlerde bulundurmamak veya bu tarifelere uymamak”* şeklinde belirlenmiş ve asgari ücretten değil, azami ücretten bahsedilmiştir.

3-) Bu nedenle, cezai yaptırım uygulanmasını gerektiren fiillere dair Disiplin Kurulu Yönetmeliğindeki düzenleme, yönetmeliğin yasal dayanağını oluşturan 5174 sayılı TOBB Kanunundaki düzenlemenin kapsamını aştığından, yönetmeliğin bu hükmü hukuki dayanaktan yoksundur. Ancak, yönetmeliğin yayımından itibaren 60 gün içerisinde iptal istemi ile dava açmak mümkün olsa da bu süre aşılmıştır. Bu durumda, süresinde iptali istenmemiş olsa da bir yönetmelik hükmünün uygulanması üzerine, yapılan işlemlere karşı ilgililerin 60 gün içerisinde açacakları davada idari işlemin iptali istenebileceği gibi söz konusu yönetmelik hükümlerinin de iptali talep edilebilir. **A y r ı c a** , Oda disiplin kurulu kararlarına karşı itiraz üzerine, TOBB Yüksek Disiplin Kurulunun vereceği kararlar somut olaya özgü verilen münferit kararlardır. Bu nedenle, mevcut düzenlemeyi değiştiren genel ve bağlayıcı nitelikte bir karar değildir. Bununla birlikte, bu kararların benzer bir olayda emsal bir karar şeklinde delil olarak sunulması mümkündür.

4-) Hukukumuzda göre asgari ücretin hiyerarşik olarak kanuni bir dayanağının bulunması gerekmektedir. Halbuki, ne yürürlükteki 5174 sayılı TOBB Kanununda, ne de yürürlükten kaldırılan önceki 5590 sayılı Kanun'da uygulanması zorunlu asgari ücretten bahsedilmemektedir. Bu ise gemi acentelerinin asgari ücretin aşağısında bir ücretle hizmet veremeyeceklerine dair 2008 tarihli Tebliğ hükmünün hukuka aykırı olduğunu göstermektedir. Hukuka aykırı bu durumun giderilmesi bakımından yasal düzenleme yapılmalıdır.

5-) Mevcut düzenleme rekabet hukukumuz bakımından da aykırılık teşkil etmektedir. Bundan dolayı Rekabet Kurulu da, ücret tarifesinin mecburi değil, tavsiye niteliğinde düzenlenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

6-) Gemi acentelerinin verdikleri hizmet, kambiyo mevzuatı bakımından görünmeyen işlemler kapsamında hizmet ihracatı olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla acentelik hizmetinden kaynaklanan ücret alacaklarının

belgelendirilmesinde tahsili ve kullanımında kambiyo mevzuatı hükümlerine uygun davranmakla mükelleftirler.

Kanaatimizce gemi acente ücretlerinin bir başka hizmet sektöründe olmadığı kadar bu kadar girift mevzuat hükümleri düzenlenmesi yerinde değildir. Acentelik ücretlerinin geçmişten gelen alışkanlıklarla düzenlenmeye devam edilmekle kalmayıp, ücretlerin uygulanmasının da disiplin yaptırımları ile zorunlu tutulması günümüz serbest rekabet şartları ile bağdaşmamaktadır. Ücretler serbest piyasa şartlarında arz-talep dengesinde serbestçe belirlenebilmelidir. Bu nedenle mevzuattaki aykırılıklar giderilmeli ve ücretler bir tarife ile belirlense bile tarifedeki miktarlar tavsiye niteliğinde olmalıdır.

KAYNAKÇA

- ALGANTÜRK LIGHT Didem, Gemi Acenteleri Hakkında Yönetmelik İle Getirilen Düzenlemeler Ve Değerlendirme, AÜEHFD, C. X, Sa. 1-2, 2006, s. 261-276, http://www.erzincan.edu.tr/birim/Hukuk_Dergi/makale/2006_X_11.pdf
- BAKOVA Raif, Kambiyo Mevzuatı, b. 1, Eskişehir 2012, <http://ds.anadolu.edu.tr/eKitap/TIC207U.pdf>
- KAYA Arslan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Acentelik, b. 1, İstanbul 2013
- KAYIHAN Şaban, Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, b. 4, Ankara 2011
- KARA Hacı, Gemi Acenteleri Hakkında Yönetmeliğin Deniz Ticaretine Etkileri, (Dünya Gazetesi, Perşembe Rotası, 19 Ocak 2006)
- KENDER Rayegan, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, b. 11, İstanbul 2011
- KENDER Rayegan, Deniz Acenteliği Yönetmeliği Taslağı Hakkında, Deniz Hukuku Dergisi, Y. 4, Sa. 3-4, s. 1-15, http://turkishmla.org/Dergiler/DHD_Yil_4_Sayi_3-4.pdf
- YAZICIOĞLU Emine, Sigorta Aracıları Hukuku-I, İstanbul 2010
- ÜLGENER M. Fehmi, Çarter Sözleşmeleri – I, İstanbul 2000
- Rekabet Kurulu Kararı, <http://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2fDocuments%2fGerek%25c3%25a7eli%2bKurul%2bKarar%25c4%25b1%2fkarar1007.pdf>

BOŞ

ÇOCUK MALLARININ YÖNETİMİ, KULLANILMASI, HARCANMASI VE KORUNMASI

Hayrunnisa ÖZDEMİR*

ÖZET

Çocuğun; miras, bağışlama veya kendi meslekî uğraşları sonucu elde ettiği malvarlığı velayet altında olduğu müddetçe ana ve babası tarafından yönetilir. Bu malların kullanılması da Türk Medeni Kanununda belirtilen sınırlar dâhilinde gerçekleşir. Ana ve baba çocuğun mallarını eski Medeni Kanundan farklı olarak sadece kullanabilme hakkına sahip olup, onlardan yararlanma hakkı kendilerine tanınmamıştır. Türk Medeni Kanununa getirilen bu düzenleme BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 32. Maddesine de uygundur.

Ana ve babanın çocuğun mallarını yönetme hakkı sınırsız değildir. Bu yetkiyi yerine getirirken vekil gibi sorumludurlar. Bundan dolayı eğer, gerekli sadakat ve özen gösterilmediği tespit edilirse malların yönetimi konusunda hâkim, Ana ve babaya karşı gerekli önlemleri alır. Alınan önlemlerin çocuğun mallarını koruma konusunda yeterli olmadığı hâkim tarafından anlaşıldığında, malların yönetimi ana ve babadan alınarak kayyım tevdii edilir. Ana ve baba çocuğun mallarını yönetirken kasten vermiş oldukları zararlardan, müştereken sorumlu olurlar.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Malları, Çocuk Mallarının Yönetimi, Kayyım, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuk Mallarının Harcanması

THE MANAGEMENT, USAGE AND SPENDING OF CHILD PROPERTIES

ABSTRACT

Properties of child, which are acquired as a result of inheritance, donation or his/her own occupational work, are managed by parents during the existence of parental rights. Usage of these properties occurs within the limits of Turkish Civil Code. Differently from the previous Turkish Civil Code, parents just have a right of usage the child properties, right to benefit from properties is not vested. This regulation, that is brought to Turkish Civil Code, is also in accordance with the 32th article of UN Convention on the Rights of the Child.

Parents' right to manage of child's properties is not limitless. They are liable like an attorney while they perform this power. Hence, if it is determined that they behave without required loyalty and care, judge takes necessary measures against parents respecting the management of properties. When it is understood by the judge that measures taken are not sufficient in order to protect child's properties,

* Yrd. Doç. Dr., Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Kürsüsünde Öğretim Elemanı (hayrunnisazdemir@gmail.com)

management of properties is taken from parents and entrusted to a trustee. Parents are severally liable because of wilful damages while they manage properties of their child.

Keywords: *Child Properties, Management of Child Properties, Trustee, Convention on the Rights of the Child, Spending of Child Properties.*

İ.GİRİŞ

Türk Medeni Kanununda, Türkiye'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde belirtilen temel ilkeler doğrultusunda ana ve babanın çocuğun malları üzerindeki haklarında önemli değişiklikler söz konusu olmuştur. Eski Medeni Kanunda ana ve babanın çocuk mallarından yaralanma (intifa) hakkı söz konusu iken yeni Medeni Kanunla ana ve baba çocuk mallarından sadece kullanabilme hakkına sahip olmuştur. Ayrıca ana ve baba çocuk mallarını geri verirlerken de yine intifa hakkı sahibi gibi sorumlu olmayıp bilakis vekil gibi sorumlulukları söz konusu olur. Vekilin sorumluluğu da TBK. m. 506 gereği objektifleştirilmiş niteliktedir.

Türk Medeni Kanununda yapılan değişikliklerden bir diğeri de çocuğun ana ve babası yanında yaşadığı sürece kazancını ana ve babaya vereceği ilkesi, bu kazancın çocuğa ait olacağı hükmü ile değiştirilmiştir. Ana ve babaya sadece çocukla yaşadıkları müddetçe çocuktan kendilerine maddi katkıda bulunmasını isteme hakkı tanınmıştır. Bu şekilde Kanun, BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 32. maddesindeki "*Taraf Devletler, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığına veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler*" hükmü ile çocukların ekonomik sömürüye karşı korunması ilkesi gereğince, çocukların ekonomik güvenliğini sarsıcı nitelikteki hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır. Söz konusu bu maddede çocuğa malları üzerinde hâkimiyet hakkı tanınmıştır. Sözleşmenin ikinci fıkrasında, sözleşmeye taraf devletlerin çocukların ekonomik olarak sömürülmesine karşı gerekli tedbirlerin alınması gerektiğine vurgu yapılmıştır¹. Sözleşmenin bu hükmü ile ana ve babanın çocuk mallarının gerektirdiği işlemler bakımından sahip oldukları serbesti muhafaza edilmiştir.

¹ Taraf Devletler, bu maddenin uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemi alırlar. Bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutularak, Taraf Devletler özellikle şu önlemleri alırlar:

a) İşe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tespit ederler; **b)** Çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yaparlar; **c)** Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörürler.

Çalışmamızda Türk ve İsviçre Medeni Kanununda çocuk malları hakkında yer alan maddelere Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkeme kararları ışığında ayrıntılı bir şekilde yer verilmiştir. Çocuk malları Türk hukukunda uygulamada ve yüksek mahkeme kararlarında pek fazla yer almamaktadır. Bu durumun en önemli sebebi olarak, toplumun çok fazla zengin olmaması ve çocuk malları müessesesinin toplumda yeterince bilinmemesi gösterilebilir. Ancak Medeni Kanunda yapılan değişikliklerle çocuk malları konusunda önemli bazı ölçütler ve yenilikler benimsenmiştir. Bu yenilikler ile çocuğun mallarının ana ev baba tarafından tüketilmesinin veya kötü bir kullanıma maruz bırakılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Bunun yanı sıra çocuğun mallarını kullanan ana ve babanın da sorumluluklarında önemli değişiklikler de söz konusudur. İşte bütün bu değişiklikler çerçevesinde, çocuk mallarının kazanımı, yönetimi, yönetimin sona ermesi ve ana ve babanın malların yönetiminde doğan sorumlulukları mahkeme kararları ışığında yeniden ele alınıp inceleme yoluna gidilmiştir.

II. ÇOCUK MALLARI

Çocuk, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir (TMK m. 28/f.2). Çocuk, hak ehliyetine sahip bir varlık olarak, ana ve babasının malvarlığından ayrı, tamamen bağımsız bir malvarlığına sahiptir². Çocuk malları; mamelekî (para ile ölçülebilen) değeri olan bütün hakları; taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet haklarını, sınırlı ayni hakları, alacak haklarını ve fikri ve sınaî hakları kapsar³.

Çocuk mallarını, ölüme bağlı ve sağlar arası işlemler vasıtasıyla farklı şekillerde kazanır. Söz konusu kazanım şekilleri, çocuğun kendisine intikal eden miras (TMK m. 495 vd.), kendi lehine yapılan ölüme bağlı bir tasarruf (TMK m. 517 vd., ve sağlar arası bağışlamalardır. Kişiliğe yönelik hukuka aykırı bir fiilden doğan tazminat alacağı, sigorta alacağı, destekten yoksun kalma tazminatı, çocuğa ana ve babası veya üçüncü kişiler tarafından yapılan bağışlamalar, özellikle çocuk lehine bankaya yatırılan paralar da çocuğun malvarlığına dâhildir. Ayrıca yasal temsilci tarafından çocuk adına yapılan kazandırıcı işlemler vasıtasıyla da çocuğun malvarlığına bir unsurun dâhil olması mümkündür⁴. Bunların yanı sıra çocuğun kendi çalışması sonucu elde ettiği kişisel kazancı ve ana ve babanın evlilik içerisinde çocuğun bakımını

² Breitschmid, PN. 1 Art. 318 ZGB; Biderbost, PN. 1, Art. 318 ZGB.

³ Rohde, 37 vd; Herzig, PN. 57, 30; Hegnauer, 28.02; Baygın/Doğan, 380.

⁴ Baygın/Doğan, 381.

karşılama yükümlülüğü (TMK m. 327/I), ayrıca ayırt etme gücüne sahip küçüğün veya kendisine fiilen bakan ana ya da babasının diğerine karşı çocuk adına talep edebileceği nafaka (TMK m. 329) da çocuk malvarlığına dâhildir. Bunlara ek olarak, çocuğun TMK m. 364 gereğince üst soyundan (ana ve baba, büyük ana ve büyük baba) ve refah içinde bulunan kardeşlerinden talep edebileceği yardım nafakası da çocuğun malvarlığına dâhildir⁵.

III. ÇOCUK MALLARININ YÖNETİMİ

A.Genel Olarak

Yönetim, dar ve teknik anlamda, malvarlığına dâhil unsurların korunması, bakımı, onarımı, iyileştirilmesi ve ekonomik amacına uygun olarak işletilmesini ilgilendiren fiili ve hukuki nitelikteki bütün iş ve işlemlerin yapılmasını ifade eder. Bir eşya üzerinde esaslı değişiklikler yapılması, o eşyanın devredilmesi, üzerinde sınırlı ayni hak kurulması gibi işlemlere konu edilmesi teknik anlamda yönetim olmayıp bilakis tasarruftur⁶. Buradan hareketle, ana ve baba, çocuğun mallarının bakım ve onarımını yapabilir, eşyaları kiraya verebilir hatta eşyalardan yararlanma tarzını bile değiştirebilirler.

Çocuk mallarının yönetimi TMK. m. 352’de genel hatlarıyla belirtilmiştir. Buna göre, “*Ana ve baba velayetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler. Ana ve babanın yükümlülüklerini yerine getirmedikleri durumlarda hâkim müdahale eder*” hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükümle çocuk malları üzerindeki ana ve babanın yetkileri eski metinden farklı olarak ele alınmıştır. Fakat TMK m. 352’de yer alan çocuk mallarının yönetim hakkı, sadece dar ve teknik anlamda yönetim hakkından ibaret değildir. Zira söz konusu bu hüküm TMK m. 342 ve 448 ile birlikte değerlendirilmelidir. Buradan TMK m. 352’de yer alan yönetim yetkisinin ana ve babanın çocuk malları üzerinde tasarruf yetkisinin de olduğu sonucuna varılabilir⁷. Bu durumda velayet hakkına sahip ana ve baba çocuk malları konusunda hukuken yasal temsilci niteliğindedirler. Söz konusu bu temsilcilik sıfatları velayet kendilerinde olduğu müddetçe ve çocuk ergin oluncaya kadar devam eder. Yasal temsilci olan ana ve baba çocuğun ad ve hesabına

⁵ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, PN. 17.122, 299; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 34, 502; Öztan, 681-682 .

⁶ Arpacı, 104, 105; Serozan, PN. 252, 179.

⁷ Akyüz, 156; Baygın/Doğan, 382.

yapacakları hukukî işlemlerle çocuğun malvarlığının aktifini artırabilecekleri gibi pasifini de çoğaltabilme yetkisine de sahiptirler. Ana ve babanın çocuk malları üzerinde gerçekleştirecekleri tasarruf hak ve yetkisi kendilerine velayet hakkından dolayı mutlak bir hak olarak verilmiştir. Örneğin ana ve baba çocuk adına yapacakları borçlanmalarda, çocuğun mallarını rehin edebilir. Çocuğa miras veya bağış sonucu mülkiyeti geçen malları satabilir ve mallar taşınmaz ise tescil talebinde de bulunabilirler. Zira bütün bu örnekler sonucu denilebilir ki, çocuk mallarının yönetimi kavramının kapsamına, ana ve babanın çocuk malları üzerinde onlarla ilgili ve amaca uygun her türlü taahhüt ve tasarruf işlemleri dâhildir⁸. Ancak ana ve baba bunu gerçekleştirirken hep çocuğun menfaatini gözetmek zorundadırlar⁹. Nitekim bu durum gözetilmediğinde hâkim çocuğun mallarını ana ve babanın elinden alabilir. Nitekim bu durum TMK m. 352/II “*Ana ve baba yükümlülüklerini yerine getirmediğinde hâkim müdahale eder*” hükmü ile somutlaşmıştır.

B. Velayete Sahip Ana ve babanın Yönetim Hakkı ve Yükümlülüğü

Çocuğun malları, velayet hakkına sahip ana ve babası tarafından çocuk ergin oluncaya kadar yönetilir¹⁰. Çocuğun mallarının yönetimi velayet hakkına sahip ana ve baba için hem bir hak hem de bir görevdir. Ana ve baba veya onlardan biri bu haktan feragat edemez veya biri yönetimi diğerine devredemez¹¹. Bu durum Türk Medeni Kanun madde 352/I’de, “*Ana ve baba velayetleri devam ettiği sürece, çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler, kural olarak hesap ve güvence vermezler.*” şeklinde düzenlemiştir. Ana ve baba sözü edilen yükümlülüklerini yerine getirmede kanun hükümlerine aykırı davrandıklarında¹² hâkim çocuk mallarının korunması için müdahale eder (TMK m. 352/II).

⁸ Öztan, 684; Akıntürk/Karaman, 421; Bozer, 199; Hegnauer, PN. 38, Art. 290 ZGB.

⁹ Serozan, PN. 267, 191; İnan, 135.

¹⁰ Köprülü/Kaneti, 255; Akıntürk/Karaman, 420; BGER 5A_30/2009 vom 24. Februar 2012 (f); “Annenin başkası ile evlenmesi, çocuklara ait maaşları alması velayet hakkının nez edilmesine sebep olamaz. Çünkü ana-baba velayetleri devam ettikçe çocukların mallarını idare ederler; hesap ve teminat vermek zorunda değildirler” (Y. 2. HD., T. 05.11.1984, E. 1984/8890, K. 1984/8970, naklen Kazancı Otomasyon).

¹¹ Akıntürk/Karaman, 421; Hatemi/Serozan, 352; Öztan, 684; Breitschmid, PN. 6, Art. 318 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 32, 501; Biderbost, PN. 5 Art. 318 ZGB.

¹² “Çocuğun mallarını kendi yararına kullanmak ve onun ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmek, velayet hakkının savsaklandığı hatta kötüye kullanıldığı sonucunu doğurur” (Y. 2. HD. T. 17.04.1979, E. 1979/3041, K. 1979/3262, naklen Kazancı otomasyon).

Ana ve babanın yönetim hakkı, çocuğun doğum anında sahip olduğu ve sonradan kazanacağı bütün mallarını kapsar¹³. Malların yönetim hakkına, bu fiille mündemiç bütün hukuki durumlar dâhildir¹⁴. Ana ve babaya tanınmış olan çocuğun mallarının yönetimine; malları kiraya vermek, kira bedellerini toplamak, gerekli onarımları yaptırmak gibi sadece “olağan yönetim işleri” değil, aynı zamanda malları satmak, onlar üzerinde aynı hak tesis etmek gibi tasarruf işlemleri de dâhildir¹⁵.

Ana ve babanın yönetim hakkının içeriğine, çocuğun serbest malları dışında kalan bütün diğer mallar girer¹⁶. Bunlara ek olarak ana ve baba sadece çocuğun mevcut mallarını değil bilakis gelecekte sahip olacağı mallarını da yönetme hakkına sahiptir¹⁷. Bu yönetim hakkının kapsamına çocuğun mallarının yerine geçen ikame değerler de dâhildir. Yönetim hakkının kullanılması, yönetimin kapsamına giren bu mallar üzerinde fiili egemenliği de gerektirdiğinden ana ve baba çocuğun mallarının fer’i zilyedidirdir¹⁸. Velayet hakkına sahip ana ve baba vasiden farklı olarak, çocuğun mallarını kullanırken hâkim iznine ihtiyaçları yoktur (TMK m. 342/III). Çocuğun mallarını yönetmede ana ve baba, hâkimden izin almayacakları¹⁹ gibi çocuklarının düşünce ve oylarını da almak zorunda değillerdir. Ancak TMK 339/III’e göre, “*Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağını tanır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar*” hükmü gereğince de çocuğun malları konusunda onun yaşı

¹³ Dural/Öğüz/Gümüş, PN. 1688, 346-347; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, PN. 17.126, 300.

¹⁴ BGER 5P. 57/2006 E, 3.2.

¹⁵ Velidedeoğlu, 376; Saymen/Elbir, 377; Tandoğan, 186; Akıntürk/Karaman, 421; “Anne ve baba velayetleri çerçevesinde 3. kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcileridir. Yasal temsilci durumunda, bulunan anne ve baba 327 ve 356. maddesindeki koşulların oluşması dışında hâkimden izin almaksızın çocuklarına ait taşınır veya taşınmaz malları satabilirler. 360 ve 361. maddelerdeki olumsuz koşullar gerçekleşmedikçe malları idare etmekle yükümlüdürler” (Y. 2. HD., T. 24.05.2002, E. 2002/5872, K. 2002/6944, naklen Kazancı otomasyon).

¹⁶ Egger, PN. 1, Art. 290 ZGB, 152; Akyüz, 156; Baygın/Doğan, 385; İnan, 134.

¹⁷ Öztan, 685; Oğuzman/Dural, 282; Akyüz, 156; Baygın/Doğan, 385.

¹⁸ Velidedeoğlu, 376; Saymen/Elbir, 377.

¹⁹ “Ana ve babanın çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri durumu mevcut olmadıkça; hâkim, çocuk mallarının korunması konusunda ana ve babanın yönetme hakkına müdahale edemez ve bu sonucu doğuracak bir karar veremez. Velayet hakkına sahip olan annenin çocuğun mallarını yönetmekte yeterli özeni göstermediği iddia ve ispat edilmemişken; annenin kanundan doğan yönetim hakkını sınırlayacak müdahale niteliğinde karar verilemez” (Y. 2. HD., T. 29.03.2011, E. 2010/17939, K. 2011/5497, naklen Kazancı Otomasyon); Hegnauer, PN. 28.03, 231; Akyüz, 156; Baygın/Doğan, 386; Biderbost, PN. 7 Art. 318 ZGB; Keller, 58; Riemer, Mehrfach, 84 ff.

ve olayları idrak kabiliyeti doğrultusunda ana ve baba çocuğu aydınlatır. Hatta yapılacak işlemler konusunda onun görüşünü de alırlar. Ancak çocuğun işi uygun bulması ana ve babayı sorumluluktan kurtarmaz (TMK m. 450/II'ye kıyasen). Ayrıca çocuğun görüşünün alınması hususu vasilere de açıkça görev olarak yüklenmiştir. Buna göre “*Vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi önemli işlerde karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür*” (TMK m. 450/I). Ana ve babaya çocuğun mallarının yönetimi hususunda tanınmış olan bu hak, velayet hakkına sıkı sıkıya bağlıdır²⁰. Ana ve baba velayet hakkına sahip değillerse, çocuğun mallarını yönetme hakkı da onlara ait değildir. Velayet hakkına sahip olan ana ve baba, yasal sınırlamalar çerçevesinde, çocuğun mallarını bağımsız olarak yönetirler.

Çocuğun kişisel varlığının gözetilmesi ve malvarlığının dış ilişkide korunup değerlendirilmesi, genellikle yasal temsil yoluyla gerçekleşmektedir²¹. Çocuğun ehliyet grubu sınırlı ehliyetsiz kategorisine dâhildir. Ana ve baba, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi, yararları ve mallarının yönetimi için gerekli olmayan işlemleri yasal temsilcisi sıfatıyla çocuk adına yapamaz²². Bu çerçevede çocuğun mallarını vakfedemez, onun malvarlığından önemli başlılarda bulunamaz ve başkasının borcu için çocuk adına kefil olamaz (TMK m. 342/III, 449)²³. Diğer taraftan çocuk ile ana ve babanın menfaatleri çatışırsa bu durumda çocuğa bir kayyım atanması gerekir (TMK m. 426/b. 2)²⁴. Buna ek olarak, eğer menfaat çatışması, çocuk ile ana ve babası arasında veya ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişiler arasında yapılacak ve çocuğu borç altına sokacak bir işlem dolayısıyla ortaya çıkıyorsa, kayyım atanmasından başka işlemin hâkim tarafından da onaylanması gerekir (TMK m. 345)²⁵. Burada atanan kayyım hukuki niteliği itibarıyla temsil kayyımıdır ve çocuğu belli hukuksal işlemde temsil eder²⁶.

²⁰ **Biderbost**, PN. 4, Art. 318 ZGB; **Breitschmid**, PN. 12, Art. 318 ZGB; **Schwenzer**, PN. 2, Art. 297 ZGB.

²¹ **Serozan**, PN. 122, 272; **Keller**, 63 ff; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, PN. 27, 499.

²² **Tekinay**, 494; **Serozan**, PN. 119, 123, 268, 273;

²³ **Hatemi/Serozan**, 353; **Öztan**, 683; “ Ana ve baba çocuğa ait malları yönetmek hakkına sahiptirler. Ancak çocuğun mallarını başkasına başılayamaz, vakfedemez, çocuk adına kefalet ve rehin veremezler” (Y. 2. HD., T. 18.04.1996, E. 1996/2149, K. 1996/4226, naklen **Özüğür**, 795 vd).

²⁴ **Helvacı**, 25, 26; **Baygın/Doğan**, 387;

²⁵ **Oğuzman/Dural**, 513.

²⁶ **Gümüş**, 211; **Yücel**, 124.

Ana ve baba çocuğun mallarını yönetirken “iyi bir yönetici gibi”²⁷ yönetmekle yükümlüdür²⁸ (TMK m. 363/I, TBK. m. 506/II-III). Ana ve babanın yönetim hakkı çocuğun menfaatiyle bağdaşabildiği ölçüde çocuğun, ana ve babanın ortak menfaatlerine hizmet etmelidir²⁹. Ana ve baba çocuğun mallarının yönetimini sadakat ve özenle yerine getirmelidir. Bu anlamda hem çocuğun malları korunmalı hem de mallar iyi bir şekilde semerelendirilmelidir³⁰. Ana ve babanın çocuğun mallarını yönetirken göstermek zorunda oldukları özen yükümünden ne anlaşılması gerektiği konusunda ise bize TMK m. 363 yol göstermektedir³¹. Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre çocuk mallarının yönetiminde ana ve baba malların geri verilmesinde vekil gibi sorumludur. Buradan hareketle, ana ve babanın yönetiminin sona ermesinde vekâlet hükümleri uygulanacaksa, yönetim sırasında da vekil gibi sorumlu olduğu sonucuna varılabilir. Vekâlet sözleşmesinde, vekilin özen borcu, edim sonucunun başarılı biçimde gerçekleşmesi için yaşam deneyimlerine ve işlerin olağan akışına göre edimin yerine getirilebilmesi için gerekli davranışlarda bulunmak ve edimin gerçekleştirilmesini engelleyecek davranışlardan kaçınmaktır³². Vekilin özen yükümü, TBK. m. 506/II gereğince objektifleştirilmiş bir özen yükümü niteliğindedir. Buna göre, “...benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır” hükmü gereği ana ve baba çocuk mallarını yöneten basiretli ana ve babanın, göstereceği özeni göstermek zorundadır. Ana ve baba çocuğun mallarını yönetirken işlerin olağan akışına göre gerekli davranışlarda bulunmalı, önlemler almalı, malların iyi yönetimine engel olacak davranışlardan kaçınmalıdır³³. Bu davranışların ölçüsü ise ortalama ana ve babanın velayet yetkisine ilişkin sahip olduğu zihinsel, fiziksel ve ruhsal yeteneklere uygun davranışlardır³⁴.

Yönetme hakkı, velayet devam ettiği sürece varlığını koruyacağı için, ana ve babanın evliliğinin sona ermesinde, velayet hakkı kendisine verilen

²⁷ Bu terim, Türk Hukukunda Uygulama Tüzüğü'nün 15. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “Vasinin vesayetine verilen kişinin bakımına eğitimine, kişilik haklarının korunmasına ve hukukî işlemlerde temsiline ilişkin olarak gereken özeni göstermek, mal varlığını iyi bir yönetici gibi yönetmek zorundadır” hükmünde yer almaktadır, naklen **Başpınar**, 182.

²⁸ **Hegnauer**, PN. 65, Art. 290; **Öztañ**, 685; **Başpınar**, 182.

²⁹ **Hegnauer**, PN. 28.04, 231.

³⁰ **Hegnauer**, PN. 28.04, 231; **Bıderbost**, PN. 5-6, Art. 318 ZGB.

³¹ **Öztañ**, 702.

³² **Aral/Ayrancı**, 401; **Tandoğan**, 410; **Başpınar**, 160-166.

³³ **Reusser**, 78; **Bıderbost**, PN. 6, Art. 318 ZGB.

³⁴ **Gümüş**, 218; **Yücel**, 138.

tarafa, kanun tarafından bazı yükümlülükler getirilmiştir³⁵. Buna göre, velayet kendisine bırakılan eşe, hâkime çocuğun malvarlığının dökümünü gösteren bir defter vermek ve bu malvarlığında veya yapılan yatırımlarda gerçekleşen önemli değişiklikleri bildirme yükümlülüğü öngörülmüştür (TMK m. 353). Bunlara ek olarak, ana ve baba yönetme hakkına sahip olduğu malları sadece kullanabilir³⁶. Önceki Medeni Kanunda çocuk malları üzerinde ana ve babanın intifa hakkı olduğu kabul edilmişken, yeni Medeni Kanunda çocuğun malları üzerinde sadece ana ve babaya kullanma hakkı tanınmıştır. Yeni Kanunda çocuk malları üzerinde ana ve babanın yetkisi daraltılmıştır.

C. Ana ve babanın Yönetim Hakkının Dışında Kalan Mallar

Çocuğun bazı mallarının yönetim hakkı, ana ve babanın yönetme hakkı dışına çıkarılmıştır. Çocuğun bu şekilde yönetilen mallarına serbest mallar adı verilmektedir³⁷. Bu husus TMK m. 357-359. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, çocuğa yapılan karşılıksız kazandırmalardır³⁸. Karşılıksız kazandırmalar, TMK m. 357/T’de düzenlenmiştir. Buna göre, “*Ana ve baba faiz getiren yatırım ve tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmaların gelirlerini kendi menfaatlerine sarf edemezler*” şeklinde hüküm altına alınmıştır³⁹. Kanun maddesindeki anlamdan çocuk malları için ikili bir ayırımın olduğu çıkarılabilir. Eğer çocuğa yapılan kazandırma faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılması şeklinde olacak ise, bu tür kazandırmaların ana ve baba tarafından sarf edilmemesi için kazandırmayı yapanın ayrıyeten belirtmesine gerek yoktur. Ancak diğer taraftan, eğer karşılıksız kazandırmayı yapan kişi kazandırmanın ana ve baba tarafından kullanılmasını istemezse bunu en geç kazandırmanın yapıldığı anda belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde yapılan kazandırmanın ana ve baba tarafında sarf edilmesinin önüne geçilemez. Bu tür kazandırmalarda da kural olarak yönetim hakkı, ana ve babaya aittir. Ancak kazandırmayı yapan, bu yönetim hakkının da ana ve babadan alınmasını talep edebilir (TMK m. 357/II).

³⁵ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, PN. 17.127, 300; Dural/Öğüz/Gümüş, PN. 1689, 347; Biderbost, PN. 7 Art. 318 ZGB.

³⁶ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, PN. 17.128, 300.

³⁷ Breitschmid, PN. 5 vd, Art. 318 -321/322 ZGB; Herzig, PN. 58, 31; Rohde, 40 vd; Biderbost, PN. 1 Art. 323 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 35, 502; Hegnauer, PN. 27.10; Öztan, 691.

³⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, PN. 1693, 348; Riemer, Mehrfach, 84 ff; Keller, 27 ff; Hegnauer, PN. 28.10; Biderbost, PN. 4, Art. 323 ZGB.

³⁹ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, PN. 17.131, 301; Baygın/Doğan, 410-411.

Karşılıksız kazandırmalar, konusunda ana ve babaya getirilen sınırlama, çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk olduğu durumlarda, hâkimin belirleyeceği miktarda bu mallara başvurma imkânını kaldırmamıştır. Türk Medeni Kanunu m. 356/II bu tip kazandırmalar içinde uygulanır⁴⁰ (TMK. m. 356/I)⁴¹.

Ana ve babanın tasarruf edemeyeceği diğer bir hal ise, mahfuz hissedir⁴². Çocuğun, murisin kendisine vermek zorunda olduğu mahfuz hisseler üzerinde ana ve babanın tasarruf yetkisi yoktur, fakat ana ve baba mahfuz hisse üzerinde yönetim hakkına sahiptir. Ancak, miras bırakan, yönetim hakkını yapacağı ölüme bağlı tasarrufla mahfuz hisseyi ana ve babanın yönetimi dışında da bırakabilir. Bu durum, TMK m. 358'de, “ölüme bağlı tasarruf yoluyla çocuğun saklı payı ana ve babanın tasarrufu dışında bırakılabilir” şeklinde düzenlenmiştir. Eğer saklı pay için ana ve babanın yönetim yetkisi kaldırılmışsa, ana ve baba bu malların gelirlerini ancak TMK. m. 355/I ve 356/II çerçevesinde kullanabilir⁴³. Ayrıca, miras bırakan saklı payın yönetimini üçüncü bir şahsa bırakmışsa, miras bırakanın tasarrufunda bu kişinin belirli zamanlarda sulh hâkimine hesap vermesini de talep edebilir (TMK m. 358/II). Ancak miras bırakan vasiyetinde böyle bir düzenlemeyi öngörmemişse, üçüncü şahsın yine de vesayet makamına hesap vermesinin gerekip gerekmediği hususunda maddede açıklık bulunmamaktadır. Burada kanunda boşluk söz konusudur. Boşluk aynı kuraldan kıyas yolu ile yararlanılarak doldurulmalı ve vesayet makamının yönetimle görevlendirilen üçüncü şahıstan belli aralıklarla hesap isteyebileceği kabul edilmelidir⁴⁴.

Çocuğun mallarından ana ve babanın tasarruf edemeyeceği hallerden bir diğeri de, çocuğa meslek ve sanat icra etmesi için verilen mal ve kişisel kazançtır⁴⁵. Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için

⁴⁰ Breitschmid, PN. 3, Art. 321/322 ZGB.

⁴¹ TMK. m. 356 “ Olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçüde sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilirler.

Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanyabilir”.

⁴² Dural/Öğüz/Gümüş, PN. 1695, 348; Hegnauer, Ausschluss, PN. 17 ff; Breitschmid, PN. 4 Art. 321-322; Öztan, 691.

⁴³ Breitschmid, PN. 4, Art. 322 ZGB.

⁴⁴ Öztan 692.

⁴⁵ Brückner, PN. 244; Riemer, PN. 99; Hausheer/Aebi-Müller, PN. 07.81 ;Breitschmid, PN. 2 Art. 323 ZGB; Biggler-Eggenberger, PN. 48 vd Art. 19 ZGB; Büchler/Vetterli, 234 ; Herzig, PN. 59, 31; Huber, 61; OG. 2 ZK 1989 HAVE 1989 N. 10, in: SJZ 87/1991, 248; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 35, 502; Biderbost, PN. 7, Art. 323 ZGB.

çocuğa kendi malından verilen kısmın yönetimi çocuğa aittir (TMK m. 359/f.1). Bu takdirde çocuk, icra ettiği meslek ve sanatın gerektirdiği işlemlerde sınırlı olmak üzere fiil ehliyetine sahip olur⁴⁶. Burada çocuğun sınırlı ehliyetsizlik durumunun genişleyerek kendi kazancı ile sınırlı olmak kaydıyla bir tam fiil ehliyetine sahip olması söz konusudur. Dolayısıyla kendisine verilen mallar hakkında meslek ve sanatının gereği olan hukuki işlemleri tek başına yapabilir.

Çocuk, kendi kişisel kazancı ve bu kazançla elde ettiği malvarlığı değerleri üzerinden yönetim hakkına sahiptir⁴⁷. Çocuğun kişisel kazancı, onun iş görme faaliyetleri sonucu elde ettiği; bedeni veya fikri emek ürünü olan edinimleri ve bunların yerine geçen değerlerden oluşur. Çocuk evde ana ve babası ile beraber yaşıyor ise, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını talep edebilirler (TMK m. 359/II).

Çocuk ana ve baba ile birlikte oturmuyorsa, ana ve babanın yine de kendisine bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyip isteyemeyeceği, Kanunda özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak mevcut kuralın, çocuğun ana ve baba ile birlikte oturmaması halinde de uygulanmasının kabulü gerekir. Her iki halde de, talep edilecek meblağ çocuğun bütün masraflarını karşılayacak miktarı kapsayabilir. Ana ve baba bakıma muhtaç ise kazancı olan çocuk yardım yükümlülüğü altındadır⁴⁸.

D.Yönetim Hakkının Sona Ermesi

Çocuk mallarını yönetme hakkı, kural olarak, ana ve babadan velayet haklarının sona ermesi veya yönetimin her ikisinden (TMK m. 361/I) alınması ile sona erer. Bu durumda çocuk mallarını yönetme hakkı, ergin olan çocuğa, çocuk vesayet altında ise vasisine veya yönetim kayyımına verilmişse ona devredilir (TMK m. 362)⁴⁹. Çocuğun ergin olması, ana ve babanın ölümü veya gaipliğine karar verilmesi de velayet hakkını kendiliğinden sona erdirir⁵⁰.

⁴⁶ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, PN. 17.133, 301; Dural/Öğüz/Gümüş, PN. 1696, 348.

⁴⁷ Hegnauer, PN. 28.13; Breitschmid, PN. 35, Art. 276 ZGB; Huber, 141.

⁴⁸ Hegnauer, 28.13; Bretschmid, PN. 9, Art. 323 ZGB; Öztan, 693.

⁴⁹ “Davacının nikâhsız birlikteliğinden olma çocuğunun 18 yaşını doldurmak üzere olduğunu, reşit olduğu takdirde mallarını satacağını söylediğini belirterek, küçüğün korunması için malların annesi tarafından satılmasına izin verilmesinin talep edilmiştir. Davacı anne küçüğün velisi ve yasal tek temsilcisidir. Hâkimden izin almaksızın taşınır veya taşınmaz hangisi olursa olsun çocuk mallarını satabilecek, onun mallarını yönetecek ve bununla yükümlü olacaktır. Yönetim hakkı sona erince de çocuğun mallarını hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayyımına devredecektir. Davanın reddine karar verilmesi gerekir” (Y. 2. HD., T. 29.03.2011, E. 2009/16485, K. 2010/5916, naklen Kazancı otomasyon).

⁵⁰ Biderbost, PN. 3, Art. 328/329 ZGB.

Ana ve babanın sorumluluğu, yönetimin kendilerinden alınması ve malları devretmeleriyle ortaya çıkar. Sorumluluklarının kapsamı ise, Türk Medeni Kanunu madde 363/f.1’de, “*ana ve baba çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumludurlar*” şeklinde düzenlenmiştir⁵¹. Medeni Kanun bu maddede “*velayet son tahlilde vekâlettir*” kuralını uygulamaya koymuştur⁵². Bu maddeye göre ana ve babanın vekil gibi sorumluluğu, onların yönetim haklarının ortadan kalkması ve malları devretmeleri halinde söz konusu olur⁵³. Ancak kanun maddesinde bu konuda iki sınırlama öngörülmüştür⁵⁴. İlki, ana ve baba, dürüstlük kuralına uygun olarak başkasına devrettikleri malların yerine sadece aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlüdürler (TMK m. 363/II). İkinci sınırlama ise, ana ve babanın kanuna uygun olarak çocuk veya aile için yaptıkları harcamalardan dolayı tazminatla yükümlü tutulmamışlardır (TMK m. 363/III).

Ana ve baba, çocuğun mallarında meydana gelen zarardan sorumlu olmadıklarını ispat için, zararın meydana gelmesinde herhangi bir kusurlarının olmadığını yani çocuğun mallarını sadakat ve özenle yönettiklerini ispat etmeleri gerekir. Aksi takdirde, ana ve baba, çocuk mallarının yönetimi ile ilgili olarak sadece kasıtlarından değil aynı zamanda ihmallerinden de sorumludurlar. Ana ve baba çocuğun mallarını birlikte yönetmişlerse, her biri kendi kusurunun olmadığını ispat edebilir. Bunlardan her biri çocuğun mallarının yönetiminde kendisinden beklenen gerekli özen yükümünü yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Aksi takdirde ana ve baba çocuk mallarında oluşan zarardan müteselsilen sorumludurlar⁵⁵.

Çocuk mallarında ortaya çıkan zarar dolayısıyla ana ve babanın sorumluluğunu doğuran hukuka aykırı fiil bizzat kendi fiillerinden

⁵¹ “Davacılar, dava konusu taşınmazların tapu kayıtlarının miras payları oranında iptalini ve payları oranında adlarına tescilini istemektedirler. Terekeye ait bir kısım taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki miras haklarının, ergin olmadıkları dönemde velayete sahip olan anneleri tarafından velayetin kullanılması kapsamında dürüstlük kuralına uygun olarak başkalarına devredilmiş olması, davacılar, annelerine karşı “aldığı karşılığı” isteme hakkı verir. Velayet hakkının kötüye kullanılması halinde ise, velayet hakkına sahip olan ana veya baba, çocuk mallarının geri verilmesinde vekil gibi sorumlu olurlar. Bu sorumluluk da “çocuk mallarıyla” sınırlıdır” (Y. 2. HD. T. 21.06.2012, E. 2012/11065, K. 2012/17098, naklen Kazancı Otomasyon).

⁵² Serozan, PN. 146, 295.

⁵³ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 36, 504.

⁵⁴ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, PN. 17.137; Dural/Öğüz/Gümüş, PN. 1699, 349.

⁵⁵ İnan, 150,151; Öztan, 694; Baygın/Doğan, 406.

kaynaklanabileceği gibi, davranışlarından sorumlu oldukları üçüncü kişilerin⁵⁶ fiillerine de dayanabilir. Çocuk malları, ana ve babanın davranışlarından sorumlu olduğu kişiler sayesinde zarar görmüşse, onlar bu kişilerin seçiminde, gözetim ve denetiminde ve onlara talimat vermede gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilirler⁵⁷. Aksi takdirde üçüncü kişilerin fiillerinden de sorumludurlar. Buna karşın ana ve baba çocuğun mallarında meydana gelen tesadüfi ve ya normal kullanımlardan kaynaklanan eksilmelerden sorumlu değildir⁵⁸. Ayrıca ana ve babanın çocuğun malları için yaptıkları masrafları çocuk mallarından mahsup veya tazmin hakları da bulunmamaktadır. Ancak onlar çocuğun malları için olağanüstü harcamalar yapmışlarsa bunun bedelini çocuktan talep edebilirler⁵⁹.

IV. ÇOCUK MALLARININ KULLANILMASI

Türk Medenî Kanunu madde 354'e göre; "*ana ve baba, kusurları sebebiyle velayetleri kaldırılmadıkça, çocuk mallarını kullanabilirler*". Ancak, ana ve baba, yönetim hakkına sahip olmasalar bile, sarf ederek tüketmemek kaydıyla, Medeni Kanun'un 354. maddesi gereği kusurları sebebiyle velayetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler⁶⁰. Ana ve babanın çocuğun mallarını kullanma hakkı, onlara çocuk mallarını yönetmelerinin, çocuğun bakım ve eğitim giderlerini yüklenmelerinin karşılığı olarak tanınmıştır; bu düzenlemenin temelinde aile dayanışması fikri yatar⁶¹. Ana ve babanın çocuk mallarını kullanma hakkı onların ekonomik düzeyleri ile ilgili değildir. Ana ve baba çok zengin de olsalar çocuğun mallarını kullanabilirler. Ana ve baba çocuk mallarını kullanırken özenli davranmalıdırlar ve çocuğun mallarını kullanmaktan onların yıpranmalarından normal kullanım derecesinde sorumlu olmazlar⁶².

⁵⁶ TBK. m. 66 ve 116'da yer alan yardımcı şahıslar ve ifa yardımcılarıdır.

⁵⁷ Akyüz, 175.

⁵⁸ Öztan, 694; Egger, PN. 1, Art. 300, 183.

⁵⁹ Egger, PN. 2, Art. 299 ZGB, 182; Akyüz, 294; İnan, 152; Öztan, 695.

⁶⁰ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 34, 502; Affolter, 220 vd; "Ana ve baba, kusurları sebebiyle velayetleri kaldırılmadıkça, çocuğun mallarını kullanabilirler" (Y. 2. HD., 22.04.2010, E. 2009/3578, K. 2010/8083).; "Velayet nez edilmedikçe, velayeti elinde tutan ana veya babanın çocuğun mallarının gelirinden yararlanma hakları vardır. Ana ve babanın yararlanmaması koşuluyla çocuğa bağışlanan mallar yararlanma hakkı dışındadır" (Y. 2. HD., T. 07.03.2000, E. 2000/1337, K. 2000/2923, naklen Kazancı Otomasyon).

⁶¹ Akyüz, 261; İnan, 136; Öztan, 690; Baygın/Doğan, 409; Egger, PN. 1 Art. 292-293 ZGB.

⁶² Öztan, 690; Oğuzman/Dural, 291; Baktır, 86.

Ana ve babanın çocuğun mallarını kullanma hakkı da aynen yönetim hakkı gibi velayete bağlı olmakla birlikte bazı farklılık içerir. Keza, yönetim hakkı velayetin kaldırılması ile kendiliğinden kalkabildiği halde, kullanım hakkı velayet ana ve babadan kusurları sebebiyle kaldırılmış olmadıkça devam eder (TMK m. 354). Velayet, ana ve babadan veya onlardan birinden ağır hastalık veya özürsüzlük sebebiyle kaldırılmış olsa bile onlar yinede, çocuğa ait malları kullanmaya devam edebilirler⁶³. Ancak, ana veya babanın velayet hakkı, çocuğa karşı bedensel şiddet uygulanması, yeterli ilgi gösterilmemesi, yükümlülüklerin ağır biçimde savsaklanması, ırza geçme dâhil her türlü istismar ve kötü muamele dolayısıyla kaldırılmışsa, artık onların kullanım hakları da söz konusu olamaz⁶⁴.

Ana ve babanın çocuk mallarını kullanma hakkı, çocuk ergin oluncaya kadar devam eder. Bu hakkı ana ve baba birlikte kullanır. Ancak ergin olan çocuklar kısıtlandıkları zaman ana ve babalarının velayeti altına konulurlarsa, artık ana ve babanın çocuklarının mallarını kullanma hakları yoktur⁶⁵. Çocuğun, ana ve babanın ölümü, gaipliğine karar verilmesi, çocuğun ergin olması ana ve babanın kullanma hakkını kendiliğinden sona erdirir. Bunların yanı sıra, ana ve babadan birinin ölümü halinde, sağ kalan taraf, münhasıran kullanım hakkına sahip olur. Boşanma ve evliliğin butlanı dolayısıyla velayet hakkının eşlerden birine bırakılması halinde, diğer tarafın çocuk mallarını kullanma hakkının devam edip etmeyeceği konusu üzerinde durulması gerekir. Zira boşanma veya evliliğin butlanı halinde, velayet hakkının eşlerden birine verilmesi, diğerinin kusurlu olmasından çok, evlilik birliğinin ortadan kalkmasından sonra ana ve babanın velayet hakkını birlikte kullanmalarına hukuken imkân bulunmamasıdır⁶⁶.

Doktrinde bu konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, velayet ve dolayısı ile yönetim hakkından yoksun kalan eşe, çocuğun mallarını kullanma hakkının tanınmasının doğuracağı zorluklar göz önüne alınarak çocuğun mallarının kullanılmasının sadece velayet kendisine bırakılan kişiye ait olmalı, diğer eş de çocuk için ödeyeceği iştirak nafakasından ya çocuğun mallarının kullanımdan mahrum kaldığı kadar indirim yapmalı ya da hiç iştirak nafakası

⁶³ Akıntürk/Karaman, 427.

⁶⁴ Baktır, 85; Baygın/Doğan, 409.

⁶⁵ Akıntürk/Karaman, 427; Oğuzman/Dural, 285; Öztan, 394; Akyüz, 262; İnan, 136; Tekinay, 292.

⁶⁶ Baygın/Doğan, 409.

ödememelidir⁶⁷. Diğer bir görüş ise⁶⁸, burada TMK m. 354 anlamında velayetin kaldırılması söz konusu olmadığını, velayetin kullanılmasının eşlerden birine bırakılması söz konusu olduğu için boşanma veya evliliğin butlanı davalarında, eşlerden birinin talebi üzerine hâkim, ana ve babanın çocuk malları kullanım tarzını TMK m. 182 çerçevesinde düzenleyebilir. Ayrıca, hâlihazırdaki Medeni Kanun velayet hakkı kaldırılrsa bile buna kusuruyla sebep olmayan ana ve babanın kullanma hakkının varlığını kabul etmektedir (TMK m. 354). Kanaatimizce de, bu son görüş diğer görüşe göre daha elverişli ve uygulama açısından daha pratik sonuçları olan bir görüştür.

Ana ve babaya tanınan yönetim hakkı, hem hak hem de yükümlülük niteliğindedir. Bundan dolayı, çocuğun mallarının yönetimini, ana ve baba üçüncü bir şahısla yönetim konusunda herhangi bir alt vekâlet sözleşmesi yapılmadıkça şahsen ve ücretsiz olarak gerçekleştirirler⁶⁹. Nitekim ana ve babanın çocuğun mallarının yönetiminden vazgeçmeleri mümkün değildir. Ancak çocuk mallarından yararlanma sadece ana ve babaya verilen bir hak niteliğindedir. Bundan dolayı, ana ve baba çocuğun mallarını kullanma haklarından her zaman feragat edebilirler⁷⁰. Ancak özellikle belirtilmelidir ki, gerek yönetim gerekse kullanma hakkı ana ve babanın bizzat kendilerine tanınmış olmaları ve velayetle doğrudan ilgili bulunmaları dolayısıyla başkalarına devredilemezler⁷¹.

V. ÇOCUK MALLARININ HARCANMASI

Medeni Kanun, ana ve babanın çocuk mallarından yararlanma yetkisini kaldırıp onlara sadece kullanım hakkı tanımıştır. Bunun anlamı ana ve baba artık çocuk mallarının gelirini, özellikle de çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılayan miktardan fazlasını kendi ihtiyaçları için harcayamazlar ya da mal edinemezler⁷².

TMK. m. 355’de ise, ana ve babanın çocuk mallarının gelirlerini öncelikle çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için; hakkaniyete uyduğu

⁶⁷ Egger, PN. 3, Art. 292-293 ZGB, 160.

⁶⁸ Tekinay, 491.

⁶⁹ Bretschmid, PN. 6, Art. 318 ZGB; Keller, 58; Riemer, Mehrfach, 84 ff; Biderbost, PN. 7, Art. 318 ZGB; Breitschmid, Bank, 217 ff; Rusch, 581-583; BG 5P.57/2006, 30.05.2006.

⁷⁰ Tandoğan, 188; Oğuzman/Dural, 285.

⁷¹ Saymen/Elbir, 383; Tandoğan, 189; Oğuzman/Dural, 284; Velidedeoğlu, 379.

⁷² Dural/Öğüz/Gümüş, PN. 1691, 347; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 34, 502.

ölçüde aile ihtiyaçlarını karşılamak üzere harcanabileceği düzenlenmiştir⁷³. Kanun koyucu, ana ve babaya çocuğun mallarını harcarken uyması gereken ölçüt olarak hakkaniyet ölçütünü getirmiştir. Ana ve baba çocuğun mallarını kullanırlarken hakkaniyet ölçüsünde hareket etmek zorundadırlar. Burada yer verilen hakkaniyet ölçüsü TMK m. 4’de düzenlenmiş olan “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği durumlarda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir*” hükmüdür. Aksi halde hâkim, ana ve babanın kullanım hakkına müdahale eder. Bu konuda velayet, vesayet ve miras hükümlerinin kullanılmasına ilişkin Tüzükte de bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, “*çocuğun mallarının gelirlerinden onun bakımına, yetiştirilmesine ve eğitimine harcanan kısım, ancak ailenin sosyal ve ekonomik duruma, çocuğun aileye getirdiği ekonomik yükler gibi hakkaniyetin gerektirdiği sınırlar içinde ailenin ihtiyacına sarf edilir*” (VVMT. m. 5) hükmünde de hakkaniyet ilkesine yer verilmiştir. Ayrıca malın sarfından sonra gelirin fazlasının çocuk mallarına katılacağını öngörmüştür.

TMK m. 327/f.1’e göre; “*çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır*”. Ana ve babanın ekonomik durumları çocuğun bütün masraflarını karşılayabilecek düzeyde değilse, ana ve baba çocuğun ihtiyaçlarını karşılamak için belli esaslar çerçevesinde çocuk mallarını sarf edebilirler⁷⁴. Hal ve şartlar gerektiriyorsa Kanun, çocuk mallarının gelirinin de bu yolda kullanılması imkânını (yetkisini) ana ve babaya tanımıştır (TMK m. 355). Kanun koyucu, çocuğun mallarının gelirinin sarfının yanı sıra bazı hallerde malvarlığının sermaye kısmının da sarf edilebilmesine imkân tanımıştır. Medeni Kanun madde 356/f.1’e göre, “*olağan ihtiyaçlar gerektirdiği ölçü de sermaye biçiminde ödemeler, tazminatlar ve benzeri edimler çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilir*” şeklinde düzenleme yer almıştır. Çocuğun mallarına bu madde gereği, ancak çocuğun olağan ihtiyaçları için kısmen başvurulabilir. Buradaki ölçü çocuğun ihtiyacıdır. Bu durum VVMT m. 6/I’de de ayrıca vurgulanmıştır. Buna göre, “*olağan ihtiyaçların gerektirdiği durumlarda ve bu ihtiyaçların sınırları içinde kalmak üzere, çocuğa sermaye olarak yapılan ödemeler, uğramış olduğu zararların karşılığı olarak ödenen tazminatlar, ikramiyeler ile sosyal yardım*

⁷³ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, PN. 32, 501.

⁷⁴ “Velayet hakkı bulunan tarafın çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermemeleri durumu mevcut olmadıkça hakim, çocuk mallarının yönetimi konusunda velinin yönetme hakkına müdahale edemeyeceği gibi bu sonucu doğuracak mahiyette bir kararda veremez (Y. 2. HD., 05.11.2007, E. 2007/14376, K. 2007/15034).

ve sosyal güvenlik kurumları tarafından yapılan ödemeler ve benzeri edimler, çocuğun bakımı için kısmen kullanılabilir”. Bütün bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, çocuk malından ancak gerekli görülen kısım harcanabilir⁷⁵.

Türk Medeni Kanunu madde 356/f.2’ye göre, “çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hâkim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisi tanıyabilir⁷⁶. Hâkim özellikle aşağıdaki durumlarda çocuk mallarının harcanmasına izin verebilir.

- Ana ve baba yoksulluk içinde bulunuyorlarsa, yani kendi servet ve gelirleriyle çocuğun giderlerini karşılayamıyorlarsa.

- Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi veya eğitimi hususunda olağandışı ihtiyaçlar ortaya çıkmışsa,

Velayet hakkına sahip ana ve baba yönetim yetkileri çerçevesinde, çocuğun mallarında serbestçe tasarruf edebilirler; onların vasiler gibi hâkimden izin alma zorunlulukları yoktur⁷⁷. Veli ile vasi arasındaki en önemli fark, velinin çocuğun mallarının satılmasında, vasi gibi hâkimden izin alma zorunda olmamasıdır. Veli, çocuğun taşınır veya taşınmaz mallarında satış yoluyla tasarrufta bulunabilmek için değil, satış yoluyla elde edeceği ikame değeri (satış bedelini) çocuğun ihtiyaçları için harcayıp tüketebilme hususunda hâkimden izin almak durumundadır.

Ayrıca ana ve babanın çocuk mallarını satabilmesi için hâkimin izninin gerekli olmadığını Medeni Kanun madde 363/II hükmü de teyit etmektedir. Buna göre, ana ve baba, “dürüstlük kuralına uygun olarak” başkasına devrettikleri malların yerine sadece aldıkları karşılığı geri vermekle yükümlüdürler⁷⁸.

⁷⁵ BGer 5A_149/2011 E. 3.3.1; **Biderbost**, PN. 2vd, Art. 319-320 ZGB.

⁷⁶ **Kılıçoğlu**, 141; **Dural/Öğüz/Gümüş**, PN. 1691, 347; “Çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için zorunluluk varsa hakim, ana ve babaya belirlediği miktarlarda çocuğun diğer mallarına da başvurma yetkisini tanıyabilir” (Y. 2. HD., 20.06.2005, E. 2005/7288, K. 2005/9459).

⁷⁷ “Veli Kaya T.’nin Türk Medeni Kanununun 356/2. maddesindeki sorumluluktan kurtulmak için çocuk malına satış izni istediği kabul edilmelidir. Mahkemenin izin kararı doğrudur. Ancak açıklandığı gibi, buradaki izin vasinin satışına izni düzenleyen Türk Medeni Kanununun 462. maddesindeki izinden farklıdır. Ayrıca, Türk Medeni Kanununun 444/son maddesindeki pazarlıkla satış için ayrıca “denetim makamı” izni de velinin satışında gerekmez. Özetle, velinin çocuğun taşınmazını satışı hiçbir koşula tabi tutulamaz. Bu gibi izin isteklerinde veliye satışa iznin Türk Medeni Kanununun 356/2. maddesindeki bakım, yetiştirme ve eğitim amacıyla verildiğinin belirtilmesi gerekli ve yeterlidir” (Y. 2. HD., T. 28.04.2010, E. 2009/19741, K. 2010/8423).

⁷⁸ “Türk Medeni Kanununun 342 ve 462/1-2. maddeleri gereğince 327. ve 356. madde hükümleri koşullarının oluşması dışında çocuğun ana ve babası hâkimden izin almaksızın taşınır

VI. ÇOCUK MALLARININ KORUNMASI

Ana ve baba, çocuğun mallarının yönetim hakkının kendilerine yüklediği görevleri hiç ya da gereği gibi yerine getirmiyorlarsa, hâkim öncelikle genel önlemlere başvurur. TMK m. 360/f.1 genel önlemlerin neler olacağını sayılmamış, sadece hâkimin uygun olan önlemleri alacağını belirtmekle yetinmiştir.

Medeni Kanun madde 360/II'ye göre, hâkim, verdiği talimatlara uyulmaz veya belirli zamanlarda verilen bilgi ve hesabı yeterli görmezse, malların tevdi edilmesine veya güvence gösterilmesine karar verebilir⁷⁹. Ana ve babanın bu karar üzerine göstermek zorunda oldukları güvence, rehin gibi aynı veya kefalet gibi şahsi bir güvence olabilir.

Çocuğun mallarının tehlikede olması halinde bu tehlike başka şekilde önlenemiyorsa, hâkim yönetimin bir kayyım devredilmesine karar verebilir (TMK m. 361/I). Kayyım atanması durumunda velayet hakkı ana ve babada kalmakla beraber onların çocuk malları üzerindeki yönetim hakkı sona erer. Çocuğun malları kayyım tarafından yönetilir⁸⁰. Dolayısıyla bu hüküm TMK m. 360 karşısında bir “yedek hüküm” olarak karşımıza çıkmaktadır⁸¹. Hâkim resen veya ilgililerin hatta ana ve babanın talebi üzerine de kayyım atanmasına karar verir. Ayrıca hâkim, çocuğun bütün malvarlığı yerine belirli bir kısmı veya belirli bir mal varlığı üzerinde de kayyım tayin etme yoluna gidebilir⁸². Kanun koyucu burada küçük çocuğun malvarlığının korunmasına yönelik olarak bir tür yönetim kayyımlığını düzenlemiş bulunmaktadır. Burada atanan kayyım, hukukî niteliği itibarıyla bir yönetim kayyımı olsa da yetkiler açısından TMK m. 427 anlamında öngörülen şartlarda atanan yönetim kayyımına nazaran çok daha güçlü bir konuma sahiptir⁸³. Kanun maddesinde

veya taşınmaz hangisi olursa olsun çocuk mallarını satabilecek, 360. ve 361. maddelerdeki olumsuz koşullar gerçekleşmedikçe onun mallarını yönetecek ve bununla yükümlü olacaktır (TMK md. 352). Yönetim hakkı sona erince de çocuğun mallarını hesabıyla birlikte ergin çocuğa, vasisine veya kayyımına devredecektir (TMK md. 362)” (Y. 2. HD., T. 29.03.2010, E. 2009/16485, K. 2010/5916).

⁷⁹ **Biderbost**, PN. 1, Art. 324/325 ZGB.

⁸⁰ **Yücel**, 136 vd; **Gümüş**, 219; “..Vasi ve vesayeti altındaki küçüğün paydaş olduğu taşınmazlarla ilgili paylaşma sözleşmesi yapılmasında, vasi ile küçüğün menfaatleri çatışma halindedir. Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün menfaati çatışmıyorsa, küçüğe kayyım atanması gerekir” (Y. 2. HD., 15.06.2010, E. 2010/733, K. 2010/11876).

⁸¹ **Breitschmid**, PN. 14, Art. 324/325, 1686; **Hegnauer**, PN. 28.25, 237; **Gümüş**, 219.

⁸² **Breitschmid**, PN. 14, Art. 324/325, 1686; **Gümüş**, 219; **Yücel**, 141.

⁸³ **Gümüş**, 220.

çocuğun mallarının sadece kayyım devri öngörüldüğü için ana ve babanın velayet hakkı, TMK m. 355 anlamında malvarlığı gelirlerinin harcanması ve TMK m. 356'ya dayalı çocuğun malvarlığının sermaye kısmına başvurma yetkisi devam etmektedir. Ana ve baba kayyımdan gerekli olan tutarda sermayenin kendisine bırakılmasını isteyebilir⁸⁴. Ayrıca ana ve baba TMK m. 355 ve 356 anlamında yaptıkları tasarruflardan kayyımı haberdar etmek zorundadırlar.

Türk Medeni Kanunu m. 361/II'de yine çocuk mallarının korunması için alınacak önlemlere yer verilmiştir⁸⁵. Buna göre, “*çocuğun yönetimi, ana ve babaya ait olmayan malları tehlikeye düştüğünde hâkim, aynı önlemlerin alınmasını kararlaştırabilir*”. Buradan hareketle, TMK m. 357/II ve TMK m. 358/II uyarınca çocuğun serbest mallarının yönetimi için atanan üçüncü kişi veya TMK m. 359 uyarınca kendisine meslek ve sanatı için verilen mallar ve kişisel kazancı TMK 359/II'den doğan sınırlama dışında serbestçe sarf ve yönetim yetkisine sahip olan çocuk hakkında, TMK 360 ve 361/I'deki önlemler, şartları gerçekleştiği ölçüde uygulama alanı bulacağı tespit edilebilir. Kanun metninde yer alan “*aynı önlemler*” den kasıt TMK 360 ve 361/I'dir. Kendisine meslek ve sanat kurması için verilen mal ve kişisel kazancı üzerinde tam bir yönetim ve tasarruf yetkisine sahip olan ayırt etme gücüne sahip çocuk bakımından, çocuk yönetim tarzı ile menfaatlerini ciddi olarak tehlikeye düşürüyorsa özellikle de bakımı için gerekli masrafları artık karşılayamayacak durumda ise çocuğa bir kayyım atanır⁸⁶. Buradaki kayyımlık, yönetim kayyımlığıdır.

Medeni Kanun madde 361/III'e göre, çocuk mallarının gelirlerinin veya bu mallardan ayrılmış belirli miktarların kanuna uygun şekilde sarf edileceğinden kuşku duyulursa hâkim, bunların da yönetimini bir kayyım bırakabilir. Bu hüküm, ana ve babanın çocuk mallarını harcama yetkisini sınırlayan bir düzenlemedir. Çocuğun mallarının gelirleri öncelikle çocuğun bakımı, eğitimi, yetiştirilmesi için, hakkaniyete uyduğu ölçüde de ailenin gereksinimleri için harcanabilir. Çocuğun mallarından tazminat, sermaye biçiminde ödemeler ve benzerleri çocuğun bakımı için olağan gereksinimler gerektiği ölçüde, diğerleri çocuğun bakımı, yetiştirilmesi ve eğitimi için

⁸⁴ Breitschmid, PN. 14, Art. 324/325 ZGB, 1686; Hegnauer, PN. 28.25, 237.

⁸⁵ “Ana ve baba, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermezlerse hakim, malların korunması için uygun önlemleri alır” (Y. 2. HD., 01.03.2010, E. 2009/12905, K. 2010/3737).

⁸⁶ Hegnauer, PN. 28.26, 237; Gümüş, 220; Yücel, 142; Öztan, 697.

zorunluluk varsa yargıcın belirlediği miktarda kullanılabilir⁸⁷. Burada çocuğun mallarını kanunda belirtilen sınır dâhilinde ana ve babanın harcama yetkisi düzenlenmiştir. Ancak eğer ana ve babanın bu harcama konusunda haklarını kötüye kullanacakları anlaşılıyorsa çocuğun malları için kayyım atanır. Burada atanacak olan kayyım, maddenin diğer iki fıkrasında belirtilen kayyımlardan farklı olarak hem çocuğun malvarlığını hem de kişisel bakımını, yetiştirilmesini güvence alınması altına görevlerini de yerine getirmek üzere atanır. Buradan hareketle denilebilir ki, maddenin bu fıkrasında düzenlenen kayyımlık diğerlerinden farklı olarak sui generis bir kayyımlık türüdür⁸⁸. Atama yapabilmek için, çocuğun mallarının tehlikeye düşmesini, ana ve babaya karşı alınacak talimat verme gibi hafif tedbirlerin önleyememiş olması gerekir⁸⁹.

SONUÇ

Çocuk, hak ehliyeti ile birlikte, miras, bağışlama gibi ana ve baba dışında üçüncü kişiler tarafından kendisine verilen kazandırmalar sonucu ve henüz fiil ehliyetini kazanmadan kendisine bırakılan mal ve parayı kullanarak kendi uhdesinde mal varlığına sahip olabilir. Bu şekillerde elde edilen mal varlığının korunması için ana ve baba velayet devam ettiği müddetçe çocuğun mallarını yönetme hak ve yükümlülüğüne sahiptir. Bu yetkiye sahip olan ana ve baba çocuğun mallarını kanunun çizdiği sınırlar içinde çocuğun yararına onun bakımı eğitimi ve gerekli koşullar mevcut olduğu takdirde kendi ihtiyaçları doğrultusunda kullanma haklarına da sahiptirler. Bu yetkilerin kullanımında ana ve baba hâkimden veya herhangi bir üçüncü kişiden emir veya talimat alamaz. Burada tamamıyla ana ve babanın yükümlülüğünü TMK. m. 2/I çizer. Ana ve baba çocuk mallarını yönetirken geçerli olan dürüstlük kuralına uymadıkları müddetçe hâkim olaya müdahale ederek her ikisinden de çocuğun mallarını yönetme hak ve yükümlülüğünü alarak bu konularda görevli olmak üzere kayyım atayabilir. Atanan kayyım çocuğun malvarlığını koruma yükümlülüğünün yanı sıra onun kişisel gelişimi ile de yakından ilgilenme hakkına sahip olabilir. Kayyımın görev yetkilerini, atanma şartları belirler. Bu kararı ve kararın içeriğini hep çocuğun menfaati belirler. Hâkim çocuk mallarının korunmasında gerekli olan bütün tedbirleri alarak çocuğun üstün yararını korumayı amaçlar.

⁸⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, 346; Öztan, 689; Yücel, 143.

⁸⁸ Riemer, Mehrfach, 86; Schnyder/Murer, PN. 79 Art. 379 ZGB; Bokstaller, 69 ff; Gümüş, 222.

⁸⁹ Breitschmid, PN. 16, Art. 324/325 ZGB, 1686.

KAYNAKÇA

- Affolter, Kurt:** Anzehrung des Kindesvermögen und Vollwaisen zur Deckung des Unterhaltsbedarf?, ZVW 60 (2005) 220 vd.
- Akıntürk, Turgut/Karaman Ateş, Derya:** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C. II, İstanbul 2011.
- Akyüz, Emine:** Türk medeni Kanununa Göre Çocuğun Malları Bakımından Korunması, AÜEBFD, S. 1-4, 1979.
- Aral, F./ Ayrancı, H.:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2012.
- Arpacı, Abdülkadir:** Türk medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, İstanbul 1990.
- Başpınar, Veysel:** Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004.
- Baktır, Selma:** Velayet Hukuku, Ankara 2000.
- Baygın, Cem/Doğan, Murat:** Çocuk Mallarının Yönetimi, Kullanılması ve Sarfı, AÜEHFD. C. IX, S. 1-2, s. 379-427.
- Biderbost, Yvo:** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007.
- Biggler-Eggenberger Margrith:** Kommentar zu Art. 11–21 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4. A., Basel 2010.
- Bokstaller, Josef:** Die mehrfache Vormundschaft (Art. 379 II ZGB), Freiburg 1978.
- Bozer, Ali:** Medeni Kanunumuza Göre Ana ve babanın Çocuğun Mallarının İdaresinde Haiz Oldukları Serbestinin Hudutları, AÜHFD., C. IX, S. 3-4, 1952, s. 198-211.
- Breitschmid, Peter:** Kommentar zu Art. 131–134, 144–147, 276–295, 307–327 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4. A., Basel 2010.
- Breitschmid, Peter:** Fragen zum Bank und Kindesvermögen, in FS. Dieter Zobl, Zürich 2004 (Breitschmid, Bank).

- Brückner, Christoph:** Das Personenrecht, Zürich 2000.
- Büchler Andrea/Vetterli Rolf,** Ehe Partnerschaft Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 2. A., Basel 2011.
- Dural, M/Öğüz, T/Gümüş, M. A:** Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2013.
- Egger, August:** Aile Hukuku III. Kısım Vesayet, (Çev. Tahir Çağa), İMK. 252-359, Ankara 1949.
- Gümüş, Mustafa Alper:** Türk Medeni Hukukunda Kayımlık, İstanbul 2006.
- Hatemi, H/Serozan, R.:** Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina E.,** Kommentar zu 182–251 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4. A., Basel 2010.
- Hausheer, Andrea/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E..** Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2007.
- Hegnauer, Cyrill:** Grundriss des Kindesrecht, Auflg. 5, Bern 1999.
- Hegnauer, Cyrill:** Der Ausschluss des Pflichtteils des unmündigen erben von der elterlichen verwaltung, in FS Frank Vischer, Zürich 1983. (Hegnauer, Ausschluss).
- Helvacı, İlhan:** Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Reddi, İstanbul 2002.
- Herzig, Christophe A.:** Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Freiburg 2012.
- İnan, Ali Naim:** Çocuk Hukuku, İstanbul 1968.
- Keller, Marxer:** Studien elterlichen Vertretung und verwaltung des Kindesvemögen, Bern 1998.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002.
- Öztan, Bilge:** Aile Hukuku, Ankara 2004.
- Özüğur, Ali İhsan:** Türk medeni Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamaları İçtihatlı, Velayet, Vesayet, Soybağı, Evlat Edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2010.
- Reusser, Ruth:** Unterhaltspflicht, Unterstützungspflicht Kindesvemögen, Bern 1978.

- Riemer Hans Michael:** Personenrecht des ZGB, Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, 2. A., Bern 2002.
- Riemer Hans Michael:** Verwaltung von Kindesvermögen durch Dritte gemäss Art. 321 Abs. 2, Art. 322 Abs. 2 ZGB und Beistandschaft gemäss Art. 325 ZGB, insbesondere in Gestalt der “mehrfachen Vermögensverwaltung” und der “mehrfachen Beistandschaft”, **ZVW 2001 S. 84 (Riemer, Mehrfach)**.
- Rohde Alexander W.:** Die Ernennung von Drittpersonen zur Verwaltung von Vermögen Minderjähriger (Art. 321 und 322 ZGB), Diss. St. Gallen 2006, Zürich/Basel/Genf 2006.
- Rusch, Arnold:** Konten für Dritte, AJP 2007, 561 ff.
- Saymen, Ferit, H/Elbir, Halid, K.:** Türk Medeni Hukuku, C. III Aile Hukuku, B. 2 İstanbul 1960.
- Serozan, Rona:** Çocuk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2005.
- Schnyder, Bernhard/Murer, Erwin:** Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht / Familienrecht / Die Vormundschaft Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 360-397 ZGB, Bern 1984.
- Schwenzer, Ingeborg:** in: Basler Kommentar, zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, (Art. 1-456 ZGB), Hrsg. Honsell, heinrich/Vogt Nedim Peter/ Geiser, Thomas, 3. Aufl. Basel/Genf/München, 2006.
- Tandoğan, Haluk:** Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965.
- Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II. Ankara 1987
- Tekinay, Selahattin Sulhi:** Türk Aile Hukuku, 7. Bası İstanbul 1990.
- Tuor, P/Schnyder, B/Schmid, J/Rumo-Jungo,A.:** **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage**, Zürich 2010.
- Velidedeoğlu, Hıfzı, V.:** Türk Medenî hukuku, C. II Aile Hukuku, B. 5 İstanbul 1965.
- Yücel, Özge:** Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Ankara 2011.

KISALTMALAR

- AJP. : Aktuelle Juristische Praxis.
Art. : Artikel (madde).
Aufg. : Auflage (bası).
AÜEBFD.: Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi.
AÜEHFD.: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi.
AÜHFD. : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
B. : Band (Cilt).
BGB. : Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896.
BGE. :Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (ohne Zusatz: Amtliche Sammlung)
BM. : Birleşmiş Mülletler.
BJM. : Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BT. : Besonderer Teil (İsviçre Borçlar Kanunu Özel Kısım).
C. : Cilt.
E. : Esas.
FS. : Festschrift (Armağan).
HAVE. : Haftung und Versicherung (Sorumluluk ve Sigorta).
HD. : Hukuk Dairesi.
Hrsg. : Herausgeber (Yayıncı).
İBK. : İsviçre Borçlar Kanunu.
İMK. : İsviçre Medeni Kanunu.
K. : Karar.
m. : madde.
OG. : Ober Gericht (Yüksek Mahkeme).
PN. : Paragraf Numarası.
S. : Sayı.
s. : sahife.
SJZ. : Schweizerische Juristen Zeitung (Zürich).

- T. : Tarih.
TBK. : Türk Borçlar Kanunu.
TMK. : Türk Medeni Kanunu.
VVMT. : Vesayet ve Miras Hükümlerinin Kullanılmasına İlişkin Tüzük.
vd. : ve devamı.
Y. : Yargıtay.
YHGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
YKD. : Yargıtay Kararlar Dergisi.
ZBJV. : Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern).
ZGB. : Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).
ZVW. : Zeitschrift für Vormundtschaftswesen.

BOŞ

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

TÜRKİYE’NİN SINIR ÖTESİ OPERASYONLARININ HUKUKİ ÇERÇEVESİ

Sercan Semih AKUTAY*

Davut ATEŞ**

ÖZET

PKK ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki askeri ve siyasi mücadele, demografik ve jeo-politik nedenlerle Türk sınırlarının ötesine taşan bir boyut kazanmıştır. Açılan bu yeni boyutta en kritik noktaya, PKK’nın bölgeye konuşlanmasına bağlı olarak Türkiye’nin sınır ötesi askeri operasyonlarını odakladığı Kuzey Irak bölgesi yerleşmiştir. Bu bağlamda askeri operasyonlara yönelik en temel sorun bir başka devletin müstakil egemenlik sahasına müdahale ederken Türkiye’nin nasıl bir hukuki tabana dayanmakta olduğudur. Operasyonel sürecin hukuki koordinatlarına ulaşabilmek için öncelikle mücadele edilen unsurun kavramsal kimlik tanımının yapılması; kimliğindeki göreceli kontrast sorunun çözülmesi gerekmektedir. Nitekim PKK’nın kendisini gerilla hareketi olarak tanımladığı, Türk tarafının ise terörist nitelmesi üzerine yoğunlaştığı bir düzlemde hukuki selahiyete ulaşabilmek adına kimlik sarmalının çözümü büyük önem taşımaktadır. Çalışmanın birinci bölümü, bir yandan deskriptif bir yaklaşımla PKK panoramasını ortaya koymaya çalışırken diğer yandan da hermenötik karşılaştırmalarla kontrast problemini çözmeye çalışacaktır. Birinci bölümde ulaşılan kavramsal kimlik tanımına bağlı olarak “Türkiye Cumhuriyetinin sınır ötesi operasyonlarına hukuki dayanak olarak gösterdiği meşru müdafaa hakkının Türkiye için gerçek bir dayanak olup olmadığı, söz konusu hakkın kullanımının öncül şartı olan silahlı saldırının varlığı, münhasır egemenlik alanına yönelik bir ihlalin olup olmadığı” ikinci bölüm içinde ilkesel düzeyde tahlil edilecek meselelerdir.

Anahtar Kelimeler: terörizm-gerilla ayrımı,PKK, sınır ötesi operasyonlar, Kuzey Irak, meşru müdafaa hakkı, silahlı saldırı

THE LEGAL FRAMEWORK OF TURKEY’S CROSS-BORDER OPERATIONS

ABSTRACT

The military and political conflict between the Republic of Turkey and PKK has taken on dimension exceeding Turkish boundaries due to the demographical and

* Arş.Gör., Selçuk Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü ssakutay@gmail.com

** Öğretim Üyesi-Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü davutates333@gmail.com

geopolitical reasons. On this dimension, in the most crucial point, there is North Iraq where Turkey has carried out cross-border military operations in view of the deployment of PKK into the district. In this regard, the basic issue related to those military operations is on which legal base Turkey interferes in the private sovereign base area of another government. In order to attain the legal coordinates of the operational process, in the first place, it requires to make a conceptual identification of the factor that is interfered and to sort out the contrast problem on the identity. Hence, on the platform where PKK portrays itself a guerrilla movement, on the other hand it is labelled as a terrorist group by the Turkish Government, it has a great significance to clear up the identification issue to reach a legal power. In the first part of the study, on one hand, the general view of PKK is presented with a descriptive approach; on the other hand, the contrast problem is tried to be sorted out with hermeneutical comparisons. According to the conceptual identity definement that is come through in the first part; whether the self-defence right of Turkey is on a legal basis or not for the cross-border operations of the Republic of Turkey, the fact that exercising the right requires an armed attack and whether or not there is an infringement on a sovereign base area are the issues to be analyzed on a principle level in the second part of the study.

Keywords: *distinction between terrorism-guerrilla warfare, PKK, cross-border operations, Northern Iraq, the right of self-defense, armed attack*

GİRİŞ

1960lı yılların fırtınalı düşün ortamında yoğunlaşarak yükselen devrimci, özgürlükçü, sistem karşıtı dalga, dünyanın birçok coğrafyasında olduğu gibi Türkiye siyasi tarihinde de önemli kırılmalar yaratmıştır. Bu akımın etkisi altındaki kırılmalarda birçok örgüt ve hareket vücuda getirilerek Türkiye Cumhuriyeti siyasalı, ciddi çatışmaların içine sürüklenmişse de gerek çatışma yoğunluğu gerek mücadele süreci olarak PKK, diğerlerinden apayrı bir yerde durarak kendi konu başlığını oluşturmaktadır. 27 Kasım 1978 tarihinde Diyarbakır'ın Fis Köyü'nde¹ 'resmi' olarak kurulan PKK, erken dönemlerde de silahlı eylemi düstur edinmiş olmakla beraber PKK varlığının Türkiye Cumhuriyeti siyasalı tarafından önemsenişi, PKK'nın 15 Ağustos 1984 tarihinde gerçekleştirdiği Eruh ve Şemdinli jandarma karakol baskınlarına dayanmaktadır. Nitekim söz konusu eylemlerin karakterini yansıtır biçimde PKK'nın 1980-84 arası geri çekilme döneminde benimsediği

¹ PEKMEZCİ, s.75

Maoist konsept temelli “uzun süreli halk savaşı” formülasyonu², doğrudan Türkiye Cumhuriyeti siyasalını ve güvenlik güçlerini hedef almaktaydı³. 1984 yılındaki bu ilk saldırının ardından Türkiye Cumhuriyeti siyasalı, sürecin proaktif gelişimine paralel olarak PKK ve PKK ile mücadelesine farklı isimler⁴ vermiş; PKK ile mücadelenin kilit noktasına odakladığı askeri mücadeleye siyasi ve sosyal tedbirleri de dahil ederek içine düştüğü çok cepheli savaşta, farklı mücadele stratejileri geliştirmiştir.

PKK; Türkiye’yi içine çektiği siyasi, sosyal ve askeri düzeylerdeki hareketli ve çok cepheli çatışma sarmalına kurduğu uluslararası ilişkiler ağı ile farklı bir boyut ekleyerek meseleyi daha da çetrefilli bir hale sokmuştur. “Bağımsız Kürdistan” hedefli mücadelede Kürt coğrafyasının dört ayaklılığının⁵ PKK tarafından pragmatik bir üslupla kullanılışı ve “devlet dışı silahlı aktörlerin” silahlı çatışma içinde oldukları devletlere karşı, yabancı devletlerce askeri, mali ve politik boyutlarda destekleniyor oldukları gerçeği, Türkiye ile PKK arasındaki mücadeleye uluslararası boyut kazandıran liste başı faktörlerdir. Kuşkusuz PKK tarafından açılan bu uluslararası boyut içinde her bir gelişme Türkiye’nin hassasiyetleri doğrultusunda büyük önem kazanmış ise de üzerinde en çok durulan ve farklı odaklar tarafından meşruiyeti defaatle tartışılan husus, Türkiye’nin PKK ile mücadele stratejilerininin kilit noktasında duran askeri mücadele başlığı altındaki sınır ötesi operasyonlar olmuştur.

Bu noktaya kadar PKK için “terör” örgütü tabirinin kullanılmamış olması dikkat çekici bir noktadır. Bir diğer dikkat çekici olabilecek nokta ise PKK için herhangi bir tabirin kullanılmamış olmasıdır. Terörizm ve gerilla/

² Uzun süreli halk savaşı formülasyonunun başarısı için sırasıyla stratejik savunma, stratejik denge ve stratejik saldırı gereklidir. Stratejik savunma devletin duruma hakim olduğu; örgütün ise gizlilik, esneklik ve hareketlilikten yararlanarak savunmada kaldığı ve zayıf noktalara saldırarak sistemle baş edebileceği bir konuma ulaşmamayı hedeflediği bir aşamadır. Stratejik denge, yoğun eylemlerle kitleleri dengeye çekip daha üst boyutta genel grev, boykot, işgal gibi eylemler düzenleyerek devletin tüm organları ve güvenlik güçleri ile dengeye gelme durumudur. Stratejik saldırıda, örgütün kırsalda ve şehirde, devletin güçlerine karşı topyekun bir saldırıya geçtiği ve onları imha ederek hakimiyeti ele aldığı bir süreç gözlemlenir. bkz. DEMİREL, s.289

³ ÖZDAĞ, Türk Ordusunun PKK Operasyonları, s.11-17

⁴ 1984 yılındaki ilk saldırının hemen ardından Türk Genelkurmayı olayları basit bir isyan olarak değerlendirmiştir. Ne var ki gelişmeler Türk ordusunu, önemli stratejiler üretmek durumunda olduğu geniş kapsamlı bir çatışma ile karşı karşıya olduğuna ikna etmiştir. bkz. ÖZDAĞ, Türk Ordusunun PKK Operasyonları, s.19 Politik platformda da süreç farklı işlenmiş; mesele “bir avuç çapulcu”dan müzakere yapıp yapılmaması tartışmalarına doğru keskin bir evrilme yaşamıştır.

⁵ Kürt coğrafyasının dört ayaklılığından kasıt, Kürt nüfusunun Türkiye, İran, Irak ve Suriye sınırları içindeki hacimli yapısıdır.

halk hareketi arasındaki kavramsal düzeyde öznelliğe müsait giriftlik, tanım sorununu çözmeden önce PKK için herhangi bir sıfat kullanılmasına engel olmuştur. İç hukukun ve resmi söylemlerin tek taraflı bakış açısını kati bir suretle kabullenip kullanmak; yahut PKK'nın kendini nasıl gördüğü ile bağitlanmak yerine uluslararası hukuk mevzuatı ve literatürünün gerek PKK'nın program ve söylemleri gerek eylemleri üzerinden PKK'yı nasıl bir konuma yerleştirdiğini irdelemekte büyük fayda vardır. Nitekim mücadelenin devlet dışı aktörünün nasıl bir kimliğe sahip olduğunun belirlenmesi, hem savaşa hakim olacak hukuk adına hem de meselenin uluslararası boyut kazanması paralelinde ilgili devletlerin yükümlülükleri adına gereklilik arz etmektedir. Bu bağlamda birinci bölüm, çatışmanın taraflarının, PKK'nın kimliği meselesini nasıl tahlil ettiklerine paralel olarak; "Terör ve terörizm nedir? Gerilla-terörist-savaşın taraf ayrımı hangi kıstaslara dayanır? PKK bu tanımların neresinde duruyor; koordinatları neler?" sorularına uluslararası hukuk mevzuatı ve literatürünün açtığı kapıdan deskriptif bir yanıt arama gayesindedir.

İkinci bölüm, Türkiye Cumhuriyeti siyasalının PKK ile mücadele konseptinde en kritik noktaya yerleştirdiği ve meselenin uluslararası boyut kazanmasının başat etkenlerinden olan sınır ötesi operasyon kavramının nasıl bir meşruiyet zemininde bulunduğunu uluslararası hukuk normları üzerinden inceleyecektir. Temel paradigmanın "jus ad bellum(savaş hakkı)" olarak seçildiği ikinci bölüm, bu paradigmaya ulaşma ve onu temellendirme adına Türkiye'nin PKK ile mücadele konseptine bağlı olarak uzun uzadıya silahlı saldırı tanım ve yorumlarını muhtevasında barındıracaktır.

Her hukuk normunun ahlaki olmadığı yahut her ahlak aralığının hukuk normları aracılığı ile somutlaşmadığı bir düzeyde sınır ötesi operasyonlarda yaşanan sivil kayıplarının açtığı ahlaki ve vicdani boyut ise sonuç bölümünde öz bir biçimde irdelenecektir.

1.BÖLÜM:

TERÖRİZMVEGERİLLASAVAŞITANIMLARININİYARATTIĞI SARMALIN ÇÖZÜMÜNDE PKK'NIN KOORDİNATLARI

Terörizm üzerine net bir tanımda mutabık kalınamamışlığın yarattığı boşluk, terörizm ve gerilla savaşının kaotik bir seviyede iç içe geçmesine neden olmaktadır. Terörizmin tanımındaki muğlaklık sorunsalının sebeplerini

ilerleyen satırlara bırakmak üzere burada irdelenmesi gereken husus, terörizm ve gerilla savaşı kavramlarının birbirleri ile karışarak-karıştırılarak kaotik bir devinime sürüklenmesinin ardındaki pragmatik, algısal ve metodolojik unsurlar ile bu karmaşanın yarattığı sonuçlardır.

Hiçbir silahlı grubun kendini terörist olarak adlandırmak istememesi nedeniyle terör ve terörizm kavramları ancak bir başka devlet veya devlet dışı aktör tarafından bir diğer aktöre atfedilerek kullanılmaktadır⁶. Bu tespit, söz konusu kavram kargaşasının her iki tarafça da pragmatik bir üslupla kullanılıyor oluşuna dair bir ön açılamadır. Terör oluşumlarının kendilerini terör ile eşleştirmemelerinin ardında, psikolojik ve hukuksal avantaj yakalama gibi iki boyutlu bir pragmatik güdülenme söz konusudur. Özellikle politik hedefli etnik terör gruplarının psikolojik bir avantaj elde etme ve sempatik görünme gayesi ile benliklerini, terörizmden ziyade ulusal kurtuluş hareketine dayandırdıkları yahut böyle algılanmak istedikleri malumdur. Pragmatik yaklaşımın ikinci boyutunda ise terör oluşumlarının gerilla kimliğini sahiplenmelerinin ardında, uluslararası hukukun gerillaya kazandırdığı savaşı statüsünden faydalanma gayesi söz konusudur⁷. Örgütlerin bu pragmatik tavırlarının karşısında devletlerin karmaşayı pragmatik bir üslupla kullanışları ise Kapitan'ın bakış açısıyla: terörist damgasının vurulduğu oluşumun gayri insanileştirilmesi; bu oluşuma karşı geniş bir hareket alanının ve serbestisinin kazanılması çerçevesinde yorumlanmaktadır. Devletler, mücadele içine düştükleri "terörist" yapılanmalara ve bunları destekleyenlere yahut bunlarla benzer görüşleri dile getirenlere karşı önemli bir psikolojik ve hukuki hücum alanı kazanmaktadır. Öte yandan terör oluşumlarının gerçekleştirdiği eylemlerin gayri insani oluşu, devletlerin bu vahim ve elzem şartlarda meşruluğu sorgulanamaz yöntemlere başvurmalarının önünü açmakta; iç veya dış kamuoyu tepkisinin önünü ise kesmektedir. Bu bağlamda eylemin hukuki boyut kazanması ve ihtiyaç duyulan kamuoyu desteğinin sağlanması, mücadelenin her iki tarafının da önem atfederek gözettiği unsurlar olarak pragmatik güdülenmenin ana saiklerini ön plana çıkartmaktadır.

Hobbes'un "Leviathan" da ifade ettiği gibi; "Aynı şeye biri bilgelik der, öteki korku; biri zalimlik der, bir başkası adalet." Hobbes'un bu yaklaşımını benimseyerek teröre uyarlayan C. Bassiouni, "Birileri için kahramanlık olan, diğerleri için terörizmdir"⁸ diyerek kaotik devinimin algısal zeminini

⁶ BEŞE, s.13-15

⁷ FARREL, s.449

⁸ Sözün orijinali şu şekildedir: "What is terrorism to some is heroism to others" Meseleyi ki-

doldurmaktadır. Ezcümle; ait olduğunuz taraf, meseleyi nasıl algıladığınızı belirlemektedir. Her iki taraf da haklı olduğuna inanmaktadır ki ortada bir çatışma realitesi vardır. Nitekim Tukidides de felsefi bir kurgu üzerine inşa ettiği “Peleponnes Savaşları Tarihi” adlı yapıtında, Atina’nın yaşaması için masum Melos’un yıkılması şartını benzer bir bakış açısı ile sorgulamaktadır. Bu bağlamda takip ışığının kime tutulacağına ciddi tartışmalar yarattığı ve yaratmaya da devam edeceği bir algısal düzlemde devlet, ülkesine ve korumakla yükümlü olduğu yurttaşlarına yönelen tehlikeyi bertaraf etme adına bir savaşın içine girerken çatışmanın devlet dışı ve devlet karşıtı tarafı bir hak kazanımı savaşındadır.

Fransız Devrimi’nin öne çıkan isimlerinden Robespierre⁹ ve Rus Devriminin liderlerinden Lenin¹⁰, devrim formülasyonu içinde terörü belirleyici ve hatta askeri açıdan zorunluluk ifade eden bir konumda değerlendirmektedir. Kaotik devrimin ardındaki metodolojik tabanda terörizmin devrim formülasyonu içinde kullanılması ve bunun savunulmuş olması, sistem karşıtı silahlı oluşumların içine düştükleri bir paradoksun temeli değildir. Bilakis bu karmaşa, devrimi, ahlaki ve siyasal meşruiyete yaklaştıran önemli bir algıyı doğurmaktadır. Walzer, terörizmi savunan görüşlerin satır aralarını irdelerken terörizmin özgürlüğe ulaşmak ve yeni uluslar ortaya çıkarmak adına baskıcı yönetimlere karşı kullanılacak tek araç olarak algılandığını vurgulamaktadır¹¹. Bu bağlamda terörizm, baskıcı yönetimler karşısında özgürlük hakkının kazanılmasında zorunluluk ile başvuru bir yöntem; bir savaş eylemidir. Walzer, tespitini Sartre’in sözleri ile somutlaştırmaktadır. Sartre, FLN’nin Cezayir’in bağımsızlığı amacıyla gerçekleştirdiği terörist eylemleri haklı çıkarmak üzere “Avrupalı birini öldürmek, bir taşla iki kuş vurmaktır. Aynı zamanda hem baskıcıyı hem de baskı yaptığı kişiyi ortadan kaldırmaktır. Geride kalan bir ölü adam, bir de özgür adamdır.” sözlerini kullanmaktadır. Walzer, Sartre’in bu sözlerini, terörü meşrulaştırmanın en yalın hali olarak değerlendirmektedir¹². Terörizmin haklılığı ve gerekliliği üzerine tüm bu

lit bir noktada bırakan bu derin sözün sahibi Bassiouni, tarihteki ilk terörist hareketlerden biri olarak gösterilen Zealot Siccarilerin, özgürlük savaşçısı bir gerilla oluşum mu yoksa terörist bir grup mu olduklarının cevabının hala verilemediğinin altını çizmektedir. bkz BASSIOU-NI, s.15

⁹ “Terör adaletten başka bir şey değildir; üstelik çabuk ve geciktirilmemiş bir adalet.”

¹⁰ “İlkesel olarak terörü hiçbir zaman reddetmedik ve reddedemeyiz. Terör, çarpışmanın belli bir anında, askeri güçlerin içinde bulunduğu belli bir durumda ve belli koşullar altında kesinlikle işe yarar ve hatta zorunlu savaş yöntemlerinden biridir.”

¹¹ . WALZER, s.276-277

¹² WALZER, s.277

yaklaşımları kapsayacak yorum, modern terörizmin kurucularından olan Karl Heinzen'e aittir: "...Eğer öldürmek suç ise bu herkese yasak olmalı... Eğer karşımızdaki devlet, bizleri öldürmeyi ayrıcalıklı bir iş, hatta kahramanlık olarak görüyorsa bizim de aynı şekilde mukabele etme hakkımız vardır. Ayrıca, terör uygulamak suretiyle bizler savaşlarda olduğundan çok daha az sayıda masum insanı öldürerek çıkarlarımız korumaya çalışıyoruz; zira hiçbir terör hareketinde savaşlarda öldüğü kadar insan ölmemiştir ve ölmeyecektir."¹³ Heinzen'in yorumunda da net olarak ifade edildiği gibi terör savunularının temel eksenini, devlet cinayetlerinin meşruluğu karşısında terör eylemlerinin çok da yadırganmaması ve yargılanmaması temasına dayanmaktadır. Teröre devrim formülasyonu içinde yer verenlere göre terör, derinlerde devletin sebep olduğu ve bir çok kere de misilleme ile doğan bir olgudur.

Terörizm ve gerilla-halk savaşı kavramlarının iç içeliğindeki bu kaotik yapının ortaya çıkardığı kontrast problemini Türkiye Cumhuriyeti siyasalı ile PKK arasındaki mücadelenin tüm çizgilerine uyarlamak mümkündür.

PKK, askeri ve siyasi mücadelesinin muhtevasına, buraya kadar anlatılanların tamamını dahil edecek üç konseptli bir metodoloji yerleştirmiştir. Farklı varyasyonlardan türeyen bu üç konseptli PKK savunması, özelde askeri, politik ve hukuki tanımlamalara açılmaktadır. PKK, askeri stratejisini Maoçu; politik stratejisini ise Stalinist¹⁴ bir bakışta özelleştirmiştir¹⁵. Bu iki stratejik konseptin hukuki boyutu ve gerekliliği ise Lenin ve Sartre'in teröre dair savunularında kendini bulmaktadır. Öcalan, Kürtler ve coğrafyanın tarihine dair yaptığı tahlillerin ışığında Türkiye Cumhuriyeti siyasalına karşı girişilen mücadelenin, nihai şartlarda meşru savunma ile bağlantılı olduğunu vurgulamaktadır. Öcalan'a göre terör, "insanları korkuyla yönetme

¹³ LAQUEUR, s.54-55

¹⁴ Devrim sonrası ilk dönem sosyalist hükümette Uluslar Halk Komiseri olarak görev yapan Stalin'in, ulus sorunu ve ulus tanımı yaklaşımında ileri sürdüğü ulus hakları, Öcalan ve PKK'nın dört ayaklı Kürt coğrafyasında kurulacak "Bağımsız Kürt Devleti" hedefinin hayli etkili dayanak noktalarındandır. Bu felsefi yakınlık, PKK'nın da sosyalist olması ile temellendirilerek; PKK oluşumuna Sovyet desteğini sağlamak amacıyla yoğunlaştırılarak kullanılmıştır. bkz. van BRUINSEN, s.65,67

PKK'nın bu talepkar SSCB bağlılığı ve bağımlılığı semboller üzerinde de kurulmuş; 1995 yılına kadar PKK bayrağı, renkler ve amblemler üzerinden(kırmızı fon üzerine çekiç-orak) SSCB bayrağını andırır biçimde kullanılmıştır. Bu ilk bayrak, 8-28.01.1995 tarihleri arasında yapılan V.PKK Olağan Kongresi'nde alınan kararlar doğrultusunda yine kırmızı fon üzerine daire içinde yıldız şeklindeki bayrakla değiştirilmiştir. Söz konusu tarihin SSCB'nin dağılması sonrasında kabul ediliyor oluşu dikkat çekicidir.

¹⁵ ÖCALAN, Sümer Rahip Devletlerinden Halk Cumhuriyetine Doğru Özgün İnsan Savunması- II. Cilt, s.146

amacıyla uygulanan şiddet”tir ve bu bağlamda terörist olanlar “12 bin yıl boyunca insanlığın -Güneş ülkesi- Kürdistan’ı yönetenler” olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Devleti de bunlardan ayrı bir yerde durmamaktadır. Cumhuriyetin kurulmasından bu yana, imparatorluğun parçalanmasının yarattığı endişe ile Kürt etnisine ve kültürüne karşı faşizan, terörist bir asimilasyon politikası uygulanmaktadır¹⁶. Öcalan, Lenin ve Sartre’a paralel biçimde terör ve terörizmi, devrim formülasyonu içinde baskıdan kurtulma ve özgürleşme adına askeri gereklilikler dahilinde doğan ve meşruiyeti pek de sorgulanamayacak zorunlu bir eylem yöntemi olarak görmektedir. Bu bağlamda PKK oluşumunun kendini, baskıcı ve asimilasyonist bir yönetsel anlayışa sahip egemen güçlere karşı, gerilla düsturunu benimsemiş; terörizm olarak adlandırılan eylemlere ise “meşru savunmasının” dayattığı zorunluluklar nedeniyle başvurmuş bir halk hareketi kimliğine dayandırmakta olduğunu söyleyebiliriz.

PKK’nin özdeşleştiği yahut özdeşleşmek istediği gerilla kimliği, farklı bir algıda gerek örgüt içi yaklaşım¹⁷ gerek literatür zorlamaları sonucu isyan olgusu ile yer değiştirilmek istenmiştir. Connable ve Libicki’ye ait en kapsamlı isyan tanımında¹⁸ görülebileceği üzere isyanın PKK’nın Türkiye’ye yönelik mücadelesinde daha kilit bir tanıma sahip olması ve terörizmin kullanılıyor oluşunu daha meşru bir seviyede kabul etmesi bu görüşün ileri sürülmesinde etkili olmuştur. Ancak uluslararası hukukun isyan hareketleri için tanıdığı asi statüsünün belirtilen şartlara haiz gerillaları da içine alan savaşan statüsünden daha dar kapsamlı olması¹⁹, bu kimliksel dönüşüm üzerinde engelleyici etkiye sahip olmuştur.

Türkiye Cumhuriyeti siyasalının PKK’ya verdiği kimlik ise PKK’nın kendine atfettiği özellikler ile hiç örtüşmemektedir. Türkiye, iç hukukunda hem terörizmin tanımını yapmış hem de terörist eylem olarak nitelendirilecek

¹⁶ ÖCALAN, Bir Halkı Savunmak, s.215-229

¹⁷ Murat Karayılan, Kandil Dağı’nda Çandar’a verdiği mülakatta, PKK için “Çağdaş Kürt isyanı” tabirini kullanmaktadır. bkz. ÇANDAR, s.18

¹⁸ İsyân, hükümet dışı silahlı bir grubun mevcut rejimi devirmek, yabancı gücü kovmak, daha geniş haklar kazanmak veya bağımsızlık elde etmek amacıyla hükümetine karşı şiddete başvurduğu mücadeledir. Bu mücadelede terörizme genel olarak bir araç olarak bakılmaktadır. Bu nokta, isyancı ile terörist arasındaki ayrıma ışık tutar. İsyân, silaha ve eyleme bir araç olarak bakarken; terör, tüm bunları amaç edinmiştir. Bu bağlamda İrlanda Cumhuriyet Ordusu bir isyan hareketi olarak incelenirken; ondan koparak teşekkül olan ve hiçbir şekilde müzakereye yanaşmayan Gerçek İrlanda Cumhuriyet Ordusu, bir terörist grup olarak değerlendirilmektedir. bkz. CONNABLE-LIBICK, s.220-221 ayrıca bkz. ÖZDAĞ, Türk Ordusunun PKK Operasyonları, s.25

¹⁹ PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s.346,347

eylemleri listelendirmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin iç hukuku, terörü 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca şu şekilde tanımlamaktadır:

“Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme ve tehdit yöntemlerinden birisiyle, anayasada belirtilen cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk devletinin ve cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişilerce girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”

Aynı kanunun 3. maddesi: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320. maddeleri ile 310. maddenin birinci fıkrasında yazılı suçları terör suçu olarak tanımlamaktadır²⁰.

Türkiye'de faaliyetlerine devam eden terör örgütlerinin listesi²¹ ile iç hukukun henüz terör tanımını yapmadığı²² dönemlerde, siyasal yapının düşman olarak algıladığı ideolojiler²³ birlikte tahlil edildiğinde Türk hukuk mevzuatındaki terör tanımının, teorik bir yaklaşımdan ziyade pratik bir yaklaşımla; ihtiyaca cevaben hazırlanmış olduğu kolaylıkla gözlemlenebilmektedir²⁴.

²⁰ <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/809.html> (erişim tarihi: 12.06.2012)

²¹ DHKP/C (Devrimci Halk Kurtuluş Partisi/Cephesi), MKP(Maoist Komünist Parti), TKP/ML Konferans, Marksist Leninist Komünist Parti(MLKP), PKK/KONGRA GEL, Kürdistan Devrim Partisi(PŞK), Kürdistan Demokrat Partisi/Bakur(PDK/Bakur), Hizbullah, Hilafet Devleti(HD), İslami Büyük Doğu Akıncılar Cephesi(İBDA/C), Tevhid-i Selam(Kudüs Ordu-su), El Kaide Terör Örgütü Türkiye Yapılanması

bkz. <http://www.egm.gov.tr/temuh/terorgrup1.html> (erişim tarihi: 12.06.2012)

²² 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 12.04.1991 tarihinde kabul edilmiş olup; terör tanımının yapıldığı ilgili kanunun birinci maddesi 15.07.2003 tarihinde yapılan değişiklik ile nihai halini almıştır.

bkz. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/809.html> (erişim tarihi: 12.06.2012)

²³ Cumhuriyet sonrası siyasi tarih etraflıca incelendiğinde radikal İslam-irtica(kelime köken olarak gericilik anlamı taşısa da algısal manada radikal İslam ile özdeşleştirilmiştir) ve komünizm, devlete ve topluma karşı yönelmiş en ciddi tehlikeler olarak algılanmıştır. Bu bağlamda 1991 yılında yapılan terör tanımı ve bu tanıma tabi terör örgütleri listesi, cumhuriyet döneminin tehdit algıları ile bağlantılıdır.

²⁴ Kuzey İrlanda ve IRA sorunu nedeniyle uzun yıllar terörle mücadele eden İngiltere'nin terör tanımı ve terörle mücadele konsepti dahilinde göze çarpan “dinsel” vurgusu, İngiltere ile Kuzey İrlanda'nın mezhep farklılığı göz önünde tutulduğunda; devletlerin ihtiyaca ceva-

Bassiouni'nin tek cümlede özetlediği, çatışmaya taraf olanların yanlı bakışından kaynaklanan muğlaklık, detaylıca incelendiği üzere Türkiye Cumhuriyeti ile PKK özelinde de yerini almaktadır. Bu noktada artık detaylarda boğulmak yerine uluslararası alandaki tanım ve yorumlara yönelmek, açıcı bir etki yaratacaktır:

1.1. Uluslararası Düzeyde Kabul Görmüş Haliyle Gerilla ve Gerilla Savaşı

Etimolojik olarak İspanyolca bir köke dayanan ve ‘‘küçük savaş’’ manasına gelen gerilla savaşı, kavramsal olarak ilk defa 1808-1813 yılları arasındaki Yarımada Savaşlarında İspanyolların Napolyon ordularına karşı direnişini ifade etmek üzere ortaya atılmıştır²⁵. Taktiksel çerçevede vur-kaç metoduna dayanan bu savaşın, temel mantığının SunTzu²⁶ tarafından inşa edildiği; stratejik bir konsept haline ise Mao Zedung tarafından getirildiğine dair yaygın bir kabul bulunmaktadır²⁷. Bu stratejik konsept açılımında gerilla savaşı, zayıf askeri gücün güçlü karşısında küçük gruplardan oluşan birimler halinde gayrinizami(asimetrik, konvansiyonel olmayan²⁸) bir biçimde savaşıması mantığı üzerine kurulmaktadır²⁹.

Gerilla üzerine literatürel düzeyde yaygınlaşmış bir tanıma göre:

ben yaklaşımlarına verilebilecek bir diğer örnektir.

¹⁴alen yürürlükte olan 2000 ve 2001 tarihli İngiliz kanunlarına göre siyasi, dinsel veya ideolojik amaçlarla devleti etkilemek veya halkı ya da halkın bir bölümünü korkuya sevk etmek için bir kişiye karşı ciddi şiddeti ya da mülke karşı ciddi tahribatı içeren, kişinin yaşamını tehlikeye sokan, halkın sağlık ya da güvenliğini ciddi şekilde tehdit eden veya elektronik sistemleri ciddi şekilde bozan veya bu sistemlere ciddi müdahale eden eylemler veya bu tür eylemlerde bulunma tehdidi terörizmdir. bkz. KAYA, s.13-14

²⁵ TEZER, s.33

²⁶ Daha önceki bölümlerde gördüğümüz uzun süreli savaş formülasyonunun dayandığı konseptin ilk-ilkeli halini SunTzu'nun öğretilerinde ‘‘düşmanı(kendi gücüne oranla)yeterince zayıflat ve saldır’’ şeklinde görmekteyiz.ayrıntılı bilgi için bkz. SunTzu, s. 27,47

²⁷ FENGCHENG, s.117

²⁸ Devletlerin birbirleriyle düzenli ordularını kullanarak yaptıkları ve milli gücün tüm unsurlarını zafere odakladıkları savaş biçimine ‘‘konvansiyonel savaş’’ denir. Bir diğer devlet tarafından örgütlendirilen; çoğunlukla yerli ya da vekil(surrogate) güçlerce yürütülen; uzun süreli askeri ve paramiliter operasyonları içerisine alan savaş biçimine ise ‘‘konvansiyonel olmayan savaş’’(KOS) denilmektedir. Bu bağlamda gerilla savaşı, terörizm, kontr-terörizm, karşı kitle imha silahlarının geliştirilmesi ve psikolojik hareket operasyonları KOS alanına dahil edilmektedir. bkz. KRESHNER, s.84-87

²⁹ ÖZDAĞ, Türk Ordusunun PKK Operasyonları, s.26

“Gerilla, asker gibi uluslararası hukuk kapsamında bir savaşa katılmış kişidir ve toprak için mücadele vermektedir. Ancak savaş hukuku kurallarına göre hareket edip, askerden farklı olarak küçük gruplar halinde örgütlendiklerinden aşırı hareketlilik ve düzensizlikten kaynaklanan avantajlarını kullanarak savaşır. Gerilla savaşı, düşmanın alt yapısını tahrip etmeye, bölgeleri devlet güçlerinden kurtarmaya uygundur ve düşmanın askeri kuvvetlerini hedef almaktadır. Henüz düzenli birliklerin oluşturulmadığı durumlarda veya düzenli birliklerin yok edilmesi halinde ya da düzenli birliklerin operasyon düzenleyemeyeceği alanlarda gerilla savaşına başvurmaktadır³⁰.”

Sönmezoğlu, yukarıdaki tanım ile örtüşür mahiyetteki *“Gerilla savaşı, geleneksel savaş yöntemleri ile alt edilemeyecek bir düşmana karşı uygulanan vur kaç taktiğine dayalı bir tür çete savaşıdır.”* gerilla savaşı tanımına ek olarak gerillanın siyasal bir güdülenme ile hareket ettiğini ve gerilla için halk desteğinin, olmazsa olmaz bir şart niteliğinde olduğunu vurgulamaktadır. Bu bağlamda gerilla, halkın bağlılığını sarsmamak adına tedhişçi³¹ taktiklerden kaçınmalıdır³². Nitekim Tezer de benzer bir bakış açısı ile gerilla ve terörist kavramlarının birbiri yerine kullanıldığı karmaşada açıcı olan yaklaşımın, sivillere bakış açısı olduğunu vurgulamaktadır. Bu bağlamda gerilla, kasten sivilleri hedef almadığı sürece terörist olarak kabul edilmeyecektir³³. Ek olarak altı çizilmesi gereken bir diğer ayrım noktası da eylemsel mecrada silahın karşılık geldiği fonksiyondur. Gerilla, silahı sonuç almaya yönelik bir eylemsel araç olarak görürken; terörist için söz konusu silah, sembolik eylemlerin gerçekleştirileceği eylemsel bir amaçtır³⁴.

Gerilla ve gerilla savaşı üzerine literatürel seviyedeki bu yaklaşımların hukuksal mecradaki somutlaşmış karşılığının görülebileceği en temel ve kapsamlı normlar, 12.08.1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri’ne³⁵ ek

³⁰ ZAFER, s.76

³¹ tedhişçi: bir siyasi davayı zorla kabul ettirmek adına korku salacak, cana ve mala kıyacak davranışlarda bulunan kimse

³² SÖNMEZOĞLU, s.296-297

³³ TEZER, s.35

³⁴ BAŞEREN, s.160

³⁵ Türkiye Cumhuriyeti, 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri’ne, 24 Ocak 1953 tarihinde çıkardığı 6020 sayılı kanun ile taraf olmuştur. bkz.<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8322.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8322.pdf> (erişim tarihi 12.06.2012)

08.06.1977 tarihli protokolde³⁶ yer almaktadır. Söz konusu protokolün 43. maddesi uyarınca -resmi olarak ilan edilmemiş bir savaşın tarafı olan ve bu bağlamda ‘kanuni savaşın’ statüsünde olmayan- gerilla hareketleri, ‘kanuni savaşın’ kategorisinin genişletilmesi üzerine bu kategori içerisine dahil edilmişlerdir³⁷. İlgili maddenin kanuni savaşın statüsüne dair temel kıstası ‘emir komuta zincirinin sorumluluğunu üstlenebilecek bir biçimde ast-üst hiyerarşisine dayanarak organize edilmiş silahlı birlikler’ niteliğindedir.

1977 tarihli ek protokolün³⁸ 44. maddesi, saldırı öncesi ve askeri hareket sırasında savaşın silahını açıkça taşıması gerekliliği ilkesini ifade ederek, kanuni savaşın statüsüne dair yeni bir kıstas ortaya koymaktadır³⁹. Sivil halkı çatışmanın etkilerinden korumak amacıyla belirlenen bu kritere, savaşların doğası gereği silahlı bir savaşçının halktan ayrılamayacağı durumlar göz önünde tutularak istisnalar konulmuştur. Bu bağlamda saldırı öncesinde kendini sivil halktan gösteren gerilla tipi, söz konusu istisnalara bağlı olarak doğmuştur⁴⁰. Aldrich’e göre silahlı savaşçının kendisini halktan ayrı tutamayacağı durumlar sadece işgal halinde ve ulusal kurtuluş hareketlerinde geçerlidir. Bu nedenle işgal altında olmayan yerlerdeki düşman hattının gerisine sızan bir savaşçı, savaşın statüsü ve savaş esiri hakkını kaybetme riski ile karşılaşacaktır⁴¹.

Cenevre Konvansiyonunun gerilla üzerine geliştirdiği normları toplamak gerekirse: ‘Şiddet uygulayan grupta astından sorumlu bir üst bulunmalı; grup uzaktan tanınabilen sabit bir işaret taşımalı; silahlar açıkta taşınmalı; grup, savaş hukukunun kurallarına, örf ve adetlerine uygun operasyon yapmalı; yani terör eylemlerinde bulunma yasağına uymalıdır.’⁴² yönünde bir tespit uluslararası hukukun ana hatlarıyla gerilla yaklaşımını sergiler.

Gerilla savaşı ve terörizm kavramlarının sahip oldukları birtakım özellikler nedeniyle ortak paydada kesiştikleri ifade edilmişti. Ancak gerilla

³⁶ Türkiye, I No’lu ek protokolü imza etmemiştir. PKK’nın bir ulusal bağımsızlık hareketi olarak tanınmasını isteyen Abdullah Öcalan ise 1995 yılında PKK’nın, 08.06.1977 tarihli I No’lu Ek Protokole bağlı olduğunu ilan etmiştir. bkz. TAŞDEMİR, Fatma, s.132

³⁷ TAŞDEMİR, Hakan-MÜDERRİSOĞLU-TÜLÜCE, s.4

³⁸ bkz. http://www.kizilay.org.tr/hukuk/sayfa_yazdir.php?t=-Ulusal.ve.Uluslararası.Sozlesmeler-CENEVRE.EK.1.PROTOKOL (erişim tarihi: 13.06.2012)

³⁹ PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri, IV. Cilt, s.206

⁴⁰ TAŞDEMİR-vd., s.16

⁴¹ ALDRICH, s.773-775

⁴² ZAFER, s.72

ve gerilla savaşı üzerine gerek literatürel düzeyde gerek hukuksal düzeyde görülenler, gerillanın tüm bu kesişim noktalarına rağmen net bir tanımını yaparak terörizmden ilkesel ve eylemsel bir biçimde ayrışmasını sağlamıştır. Bu bağlamda gelinen nokta itibari ile gerillaya terörist; teröriste gerilla denmesinin tamamen propaganda amaçlı argümanlardan kaynaklanıyor olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

1.2. Terör ve Terörizm Üzerine

Terör kelimesi etimolojik olarak Latince bir kelime olan ve “korkudan titremek” manasına gelen “*terre*” kökünden türemiştir. Terörün “korkutmak, korkularak bir şeyler yapmak- yaptırmak, korku salmak” altyapısı veri alındığı zaman tarihsel perspektif dahilinde terörü ilk kabile dönemine kadar dayandırmak olanaklıdır. Ancak bu yaklaşım, şiddet içeren neredeyse her eylemi teröre denk algılayan bir noktayı yoğunlaştıracaktır. Terörü diğer şiddet eylemlerinden ayırarak özel bir noktaya oturtan kavram, akademik çevrelerin farklı içeriklere sahip terör tanımlarının kesişim noktasında duran (genellikle) siyasal bir saikle güdülenmiş olma halidir⁴³.

Siyasal güdülenme ve terör kavramlarının içselleşmesi ışığında terörizm siyasal bir kavram olarak ilk kez 1793-1794 Fransa’ında karşımıza çıkar. Bu doğrultuda 5 Eylül 1793- 28 Temmuz 1794 arası dönem, İhtilal Fransa’ında “terör dönemi”⁴⁴ olarak adlandırılmış ve bu nitelendirme olumlu bir manaya karşılık gelecek biçimde kullanılmıştır⁴⁵. Bu tarihsel arka planın ötesinde modern dönem terörizmi, Laqueur’un referesi ile ifade etmek gerekirse “stratejisini modern çağdan alan, yeni bir olgudur”. Siyasal kavramsallaşma sonrasında dinamik bir evrilme süreci yaşayan terör, tarihsel süreç içinde önce 19. yüzyıl batı dünyasındaki işçi hareketlerini, ardından da 20. yüzyılın ayrılıkçı bağımsızlık hareketlerini karşılayacak bir tabir olarak kullanılmıştır⁴⁶. Kontrast problemi de işte bu noktada, bağımsızlık hareketlerinin illegalize edildiği üçüncü dönem üzerinde doğmaktadır. Nitekim Yaser Arafat ve Nelson Mandela örneklerinde görülebileceği gibi kimine göre terörist sayılanlar,

⁴³ BAL, s.7

⁴⁴ 5 Eylül 1793’ten Direktuar idaresinin kurulduğu 28 Temmuz 1794 tarihine kadar Jakobenerin kanlı iktidarı altında geçen dönem, her muhalifin son nefesi giyotinde verdiği bir dönem olmuş ve halk üzerinde paranoyaya varan bir etkisellik yaratmıştır. Jakobenerin sertlik dozajlarının gittikçe artması sonucu ülkede “beyaz terör” devreye girmiş ve halk Jakobeneri ortadan kaldırıncaya kadar şiddeti bir araç ve amaç olarak benimsemiştir.

⁴⁵ TEZER, s.17

⁴⁶ BAL, s. 9

başkalarının özgürlük savaşçısı olarak ilan edilmekte ve hatta bazen bir zamanlar terörist ilan edilenlerin daha sonraki bir zaman diliminde Nobel Barış Ödülü'ne adaylığı dahi söz konusu olabilmektedir⁴⁷. Bu durumun ortaya çıkmasındaki ana etken hiç kuşkusuz uluslararası camianın terör ve terörizm üzerine bir mutabakat sağlayamamış oluşudur.

Terör olgusu, birçok sosyolojik ve siyasal tartışmada hacimli bir alan kaplıyor olsa da günümüzde ‘neyin terör olduğu’ hususunda bir fikir birliği mevcut değildir⁴⁸. Terörizmin ne olduğu; hangi eylemlerin terör eylemi olarak nitelendirilebileceğine dair uluslararası mecrada bağlayıcılığa sahip bir tanım ve norm bulmak şu an için olanaksızdır. Bu tanımsızlık hususunun açılımında, üzerinde mutabık kalınmış bir terör tanımının gerekliliği meselesi, akademik camiayı ikiye bölmüş durumdadır. Bir grup yazar, genel kabul görmüş bir terör tanımının yapılamamasını terörle mücadelenin önünde en büyük engel olarak değerlendirirken⁴⁹; bir diğer grup yazar ise bu tanımsızlık meselenin abartıldığı görüşündedir⁵⁰. Bu ikinci gruba dahil olan yazarların büyük bir bölümü, terörün son iki yüzyıldır proaktif bir biçimde geliştiği ve her yeni terör örgütünün bir öncekinden daha aktif ve daha kurlsız savaştığını göz önünde tutarak⁵¹; tanım problemi üzerine vakit kaybetmek yerine tutarlı bir mantık içinde ne tür eylemlerin terör kapsamında değerlendirileceğinin belirlenmesi gerektiğini savunmaktadırlar⁵². Bu ikinci görüşe yönelen en temel eleştiri ise, ABD Yüksek Mahkeme Yargıcı Potter Stewart'ın pornografi ile ilgili olarak söylediği, ‘‘gördüğümüz zaman anlarız’’ sözüne atıfta bulunarak gelmektedir. Yargıcın pornografiye yaklaşımı kendi içinde tutarlılık barındırıyor olsa da söz konusu deyişi teröre uyarlamak olanaklı değildir⁵³. Nitekim daha önceki bölümlerde de bahsedildiği üzere terör üzerindeki muğlaklık, ana hatlarda öznel algılamalara dayanmaktadır.

Daha ilk başta, terörizmin tanımının gerekliliği üzerine bölünmelerin başladığı bir atmosferde yapılan terörizm tanımlarının konuya benzer biçimde

⁴⁷ KAYA, s.9

⁴⁸ BAŞEREN, s.1-15

⁴⁹ Birinci grup, politik dengeler ve çıkarlar bağlamında devletlerin, terörist örgütler listesini dış politikalarında bir pazarlık aracı olarak kullanmalarını ve teröre destek suçlaması ile bir devletin bir diğer devleti tehdit etmesini engellemek; uluslararası düzeyde bağlayıcılığı bulunan bir tanım vasıtası ile terörle mücadeleye uluslararası yaygınlıkta bir fonksiyonellik ve işlevsellik kazandırma arzusundadır.

⁵⁰ TEZER, s.19

⁵¹ BAL, s.1

⁵² TEZER, s.20

⁵³ KAYA, s.9

yaklaşmaları beklenemez. Ancak tüm bu fikri ayrışmalara rağmen terör tanımlarının kesiştiği ortak nokta, terör eyleminin hedef kitle olarak halkı belirliyor oluşudur. Bu bağlamda farklı muhtevalardaki tanımlar irdelenmeden önce söze, Troçki'nin diyalektikle ilgili aforizmasını teröre uyarlayarak başlamak açıcı olacaktır: *"Terörle ilgilenmiyor olabilirsiniz ama terör sizinle ilgileniyor."*

Schmid tarafından geliştirilen ve 109 ayrı tanımın sentezinden oluşan terörizm tanımı kapsamlı bir başvuru kaynağıdır. Schmid'e göre terörizm: *"gizli ya da yarı gizli birey, grup ya da devlet aktörleri tarafından, kişisel, kriminal ya da politik sebeplerle, korku ve endişe kaynağı olan tekrarlanmış şiddet eylemleridir. Suikastlar hariç olmak üzere, bu eylemlerin doğrudan hedefleri, asıl mağdurları değildir.. Teröristler, doğrudan mağdur ve hedef kitle arasında tehdit ve şiddet üzerine kurulu bir iletişim süreci oluşturmak isterler.. Yıldırma, zorlama ya da propaganda amaçlarından hangisine ulaşılmak isteniyorsa; buna uygun olarak hedef kitle terörün, taleplerin veya ilginin odağı haline getirilir."*⁵⁴ Schmid'in yaptığı tanımın sentez bir tanım özelliği taşıyor olmasına karşın genel manada kabul gören terörizmin devlet dışı aktörler ile özdeşleştirilmesi yaklaşıma karşıt bir tavır benimsiyor oluşu dikkat çekicidir. Nitekim Anglo-Amerikan yelpazedeki birçok terörizm tanımı, *"askeri olmayan gruplarca sivillere ve askeri personele..."* kalıplaşmış ifadelerinin açılımında devam ederek terörizmi resmi ve yasal oluşumlardan uzak tutmaya çalışmıştır.

Bassiouni'ye ait bir diğer yaygın kabul görmüş tanım ise terörizm: *"belirli bir toplum içerisinde, iktidarı etkilemeye yönelik bir sonuç elde etmek adına aktörlerin kendileri yahut bir devlet adına hareket edip etmediklerine bakılmaksızın belirli bir davanın veya anlaşmazlığın propagandasını yapmak için tasarlanmış; uluslararası seviyede yasaklanmış şiddetin ideolojik muhtevada güdülenmiş stratejisidir."*⁵⁵ şeklinde ifade edilmektedir.

Terörizm üzerine bu söylemlerde ana hatlarıyla rasyonel bir sebep-sonuç algısının somutlaşmasını kapsayan bir süreçten bahsedilmektedir. Bu bağlamda her ne kadar bazı tanımlamalar, terör ve terörizmi birbirinin yerine kullanıyor olsalar da terör ile terörizmi eş anlamlı görmek olanaklı değildir. Nitekim *"terör; teröristin eylemini; terörizm ise bir teröristin, terörist kimliği ile içinde yaşadığı dünyayı ifade etmektedir"*. Badey de yaptığı terörizm

⁵⁴ aktaran ve çeviren Ertan BEŞE, bkz. BEŞE, s.24-25

⁵⁵ BASSIOUNI, a.g.e., s.16-17

tanımında benzer bir bakış açısı ile terörizmin, tekrarlanmış terör eylemlerini kapsayacağını vurgulamaktadır⁵⁶. Badey'e göre bir kereliğine yapılan "terör eylemi" terörizm olarak tanımlanamayacaktır. Terörizm, indeksinde rasyonel sebep-sonuç algısına dayalı terör eylemlerine büyük önem atfeden bir sürecin bütünüdür.

Uluslararası antlaşmalar ve örgütlerin terörizme bakış açılarına geçmeden önce literatürel düzeydeki bu tanımlamaların ışığında terörizm kapsamındaki unsurlar sıralanacak olursa; "siyasi amaç, propaganda hedeflilik ve örgütlülük, uzlaşımın reddinde sistem karşıtlığı, korku ve yılgınlık verme amaçlı şiddetin sürekliliği" göze çarpanlardır.

Akademik çevrelerin net bir terör tanımı üzerinde mutabakat sağlayamamışlığı, anlaşmaların ve örgütlerin terörizme yaklaşımında da kendini göstermektedir. Bu bağlamda kimi metinlerde terör eylemlerinin tasnifinin yapılması, kimi metinlerde ise terör tanımının yapılmasına gayret gösteriliyor oluşu, konu üzerine akademik düzeydeki fikri çatışmanın uluslararası mecraa sirayetidir.

Türkiye'nin de taraf olduğu ve 27 Ocak 1977 tarihinde kabul edilen "Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi"⁵⁷, BM sözleşmelerinden yola çıkarak terör eylemi sayılacak suçları sıralama yoluna gitmiştir. Bu sözleşme kapsamında şu suçlar terör eylemi olarak kabul edilmiştir:

- Uçak kaçırma eylemi⁵⁸
- Uçaklara saldırı eylemi⁵⁹
- Uluslararası bir himayeye tabi olan şahıslara karşı düzenlenen saldırı suçları
- Adam kaldırma, rehin alma veya hürriyeti gayri kanuni yollarla tehdit eden suçlar
- Bomba, el bombası, roket, otomatik ateşli silah, bombalı mektup veya bombalı koli kullanılarak şahısların hayatını tehlikeye atan suçlar

⁵⁶ BADEY, s.91

⁵⁷ Sözleşmenin tam metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/pdf01/385-390.pdf> (erişim tarihi: 15.06.2012)

⁵⁸ 16 Aralık 1970 tarihinde La Haye'de imzalanan "Uçakların Kanundışı Yollardan Ele Geçirilmesinin Önlenmesine İlişkin Sözleşme" kapsamına giren suçlar

⁵⁹ 23 Eylül 1971 tarihinde Montreal'de imzalanan "Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanundışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşme" kapsamında değerlendirilen suçlar

Sıralama metoduna karşılık tanım yapma gayreti içindeki BM metinlerinden⁶⁰ ön plana çıkan ikisi ise şu şekildedir:

- BM Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1985 tarih ve 40/61 sayılı kararına göre terörizm, " *masum insanların hayatına son veren, temel hak ve özgürlükleri tehlikeye atan, kişinin şeref ve haysiyetini ciddi şekilde ihlal eden eylemlerdir.* "
- BM Genel Kurulu tarafından teşekkül edilmiş Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun terörizme dair görüşü ise şöyledir: " *Hedef toplumda söz konusu toplumu saldırganların politik amaçlarını karşılamaya zorlamak için korku ve endişe yaratmaya yönelik şiddet kullanma veya kullandırma tehdidinde bulunur.* "

Her ne kadar söz konusu iki tanım da kazuistik normlardan ziyade terör ve terörizmi dar bir çerçevede ele alıyor ve farklı yorumlamalara mahal bırakacak bir muğlaklık içinde bulunuyor olsalar da söz konusu metinlerin BM bünyesinde yer alıyor olması, kısmi seviyede bağlayıcı bir kanaat oluşmasını sağlamaktadır. Bu bağlayıcılığın açılımında birçok bölgesel örgüt gerek terör tanımlarının çıkış kaynağı olarak gerekse terörle mücadele algılarının oluşumunda BM metinlerini referans kabul etmişlerdir.

Bu alt bölümün son sözü olarak "uluslararası hukuka göre terörizm, politik gayelerle sivil halkı hedef alan şiddet eylemlerinin düstur edinildiği bir harekettir" sentezini kullanmak yanlış olmayacaktır.

1.3. PKK'nın Koordinatları

Bu bölüme kadar ne PKK'nın aynasından, ne de Türkiye Cumhuriyeti'nin duruş açısından olayları izlemenin ve irdelemenin, kimlik tespitinde objektif bir değerlendirme ortaya çıkaramayacağı kanısından hareketle gerek literatürel düzeydeki yaklaşımları gerek uluslararası hukuk yaklaşımlarını veri olarak hazırlanmış kapsamlı bir terörizm-gerilla savaşı karşılaştırması incelendi. Bu incelemeleri, PKK'nın kimliği sorunsalının çözümüne tatbik ederken PKK'nın eylemleri ile programlarını bir arada tahlil etmekte fayda vardır.

PKK'nın eylem metodolojisi, iki farklı eğilimin sistematize edilmesi ile teşekkül olmuştur. Nitekim PKK'nın kimlik sorunsalı da öz itibari ile bu iki farklı eğilimin girift bir biçimde kullanılması ile doğan bunalımdan ibarettir. Bu iki farklı eğilimden ilki, kırsal alanda askeri kuvvetlere karşı girişilen mücadeledir. İkincisi ise PKK'nın kendi tabiri ile "metropol" eylemleridir. Bu

⁶⁰ İlgili BM metinlerinden aktaran, Ahmet Hamdi Topal; bkz. TOPAL, s.30

kompleks metodoloji içinde ilk eğilim doğrudan askeri personel ve unsurları hedef alırken ikinci eğilimin hedefinde sivil halk ve dolaylı yollardan-birinci eğilime bağıtsız bir metodolojide- güvenlik personeli bulunmaktadır.

İlk olarak “HRK(Hezzen Rızgariya Kürdistan-Kürdistan Kurtuluş Birliği)” adıyla kurulan ve ardından “ARGK(Arteşe Rızgariya Gele Kürdistan-Kürdistan Ulusal Kurtuluş Ordusu)” adını alan oluşum, PKK’nın silahlı kanadını oluşturmakla beraber PKK kompleksinde birinci eğilim olan gerilla tipi savaşın uygulayıcısı olmuştur⁶¹. HRK, bir gerilla hareketi olarak kabul edilen Vietnam’daki Vietkong’un bir kopyası olarak 3-3’lük askeri sisteme(üç mangadan bir takım; üç takımdan bir bölük) dayalı olarak kurulmuştur. PKK’nın ulusal kurtuluşu gerçekleştirmek ve müstakil bir devlet kurmak amacıyla başlattığı mücadele, PKK’nın düzenlediği çeşitli konferans ve kongrelerde kavramsal açıdan bir gerilla savaşı olarak tanımlanmıştır. Nitekim buraya kadar gelinen noktada, gerilla üzerine yapılan incelemeler uyarınca PKK ve gerilla kimliği üzerine herhangi bir tıkanma söz konusu görünmemektedir. Bu boyutta PKK, kanuni savaşan kimliği kazanma hakkına sahiptir ve PKK lideri Abdullah Öcalan da bu yönde bir adım atarak 1995 yılında Cenevre Konvansiyonları’na taraf olduğunu ilan etmiştir⁶².

İkinci eğilim doğrultusunda ise PKK, talep ettiği kimliğe uzak eylemlerin faili konumuna düşmektedir. 5-15 Mart 1994 tarihinde düzenlenen PKK III. Kongresi’nde alınan kararların ve 8-27 Ocak 1995 tarihleri arasında yapılan V. Kongre’de alınan kararların net bir biçimde gösterdiği üzere PKK; Lenin, Robespierre ve diğer terörü meşrulaştıran devrimcilerin görüşlerine bağitlanarak benimsediği “*inter arma silent leges(savaşta hukuk susar)*” felsefesi ile metropollerde başta bombalama olmak üzere çeşitli terör eylemi planları yapmış ve çeşitli tarihlerde bu planları gerçekleştirmiştir⁶³. PKK’nın terör eylemi statüsündeki bu eylemleri kabaca sıralanacak olursa adam kaçıрма, suikast, sabotaj, bombalı ve silahlı saldırılar ilk sırada yer alan eylemler olacaktır⁶⁴. PKK’nın tekrar eden bu eylemlerinde sivil halkın politik nedenlerle şiddet eylemlerinin hedefi olarak belirlendiği ve bu bağlamda halk üzerinde korkutma ve yıldırma gibi psikolojik bir baskı oluşturulmak istendiği

⁶¹ DENKER, s.60

⁶² Öcalan’ın taraf olduğunu ilan ettiği 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek I No’lu Protokol, madde 96/3 altında bir ulusal bağımsızlık hareketi tek yanlı bir bildirimle sözleşmeleri ve protokolleri üstlendiğini bildirerek Uluslararası Silahlı Çatışma Hukukundan yararlanma hakkı olduğunu kolaylıkla ifade edebilmektedir. bkz. KWAKWA, s.60

⁶³ bkz. <http://www.belgenet.com/dava/gerekce12.html> (erişim tarihi: 17.06.2012)

⁶⁴ BARNHART, s.107,109

göz önünde tutulursa Lider Öcalan ve PKK'nın Cenevre Konvansiyonlarına ve Uluslararası Silahlı Savaş Hukukuna "terörist eylemleri" nedeniyle aykırı davrandığı ve bu gerekçe ile kanuni savaştan statüsünün dışında kaldığı çok nettir. Devrim formülasyonu içinde terör eylemlerinin kullanılmasının meşruiyetine dair dilediğince hacimli teorik ve pratik açılım söz konusu olsa da Öcalan liderliğindeki oluşumun müstakil bir devlet kurarak içine doğmak istediği uluslararası sistem terörü ve terörizmi her ne gerekçe ile uygulanıyor olursa olsun kati bir biçimde yasaklamaktadır.

Gelinen noktada PKK'nın metropollere yönelik eylem ve programlarının ışığında PKK için terörist bir oluşum tabirini yapmak yanlış olmayacaktır. Eylemsel hacim ve süreklilik olarak kırsal-metropol ayrımı yapmak da PKK'ya terör örgütü demenin önüne geçmeyecektir. Nitekim Amerikan Bilim Adamları Federasyonu'nun "PKK ve Terörizm" başlıklı raporunda da ifade edildiği üzere 1995 yılının sadece ilk altı ayında 450'si asker, 47'si polis ve 87'si köy korucusu olmak üzere hayatını kaybeden toplam 584 güvenlik personeline karşın aynı dönemde gerçekleştirilen metropol eylemlerinde 1085 sivil hayatını kaybetmiştir. Bu kıyas, PKK'nın eylem stratejisi içinde terör saldırılarının kapladığı hacme dair daha net bir fikre sahip olunmasını sağlamaktadır. PKK'nın metropollerdeki eylemselliğine dair panoramada göze çarpan süreklilik, PKK kimliğinde yer alan "terör" olgusunun kronikliğine dair çarpıcı bir unsurdur. Badey'in terör-terörizm ayrışmasında kullandığı süreklilik kriteri, PKK'nın dönemselsel olarak terör eylemleri gerçekleştiren bir örgüt olarak anılmasından ziyade kavramsal olarak terörizmi benimsemiş bir örgüt olarak değerlendirilebilmesini sağlamaktadır.

PKK için terör metotlarını kullanan bir gerilla oluşumu tanımını yapmak hem zorlama olacak hem de gerillanın savaş hukuku ile bağitlanmışlığı ve sivil gözetirliği ışığında kavramsal olarak kural dışı olacaktır. Bunun yerine PKK için kırsalda, özellikle askeri hedeflere karşı, gerilla metodolojisini benimsemiş bir terörist oluşum olarak bahsetmek daha yerindedir. Uluslararası örgütler düzeyinde BM, NATO, AB ve devletler seviyesinde ise ABD, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, İran, Suriye, Irak⁶⁵ benzer bir bakış açısı ile PKK'yı terör örgütü listesine dahil etmişlerdir. Bu bağlamda PKK'nın gerilla kimliğine PKK'nın kendi söylemleri haricinde ancak bazı yabancı basın yayın organlarında, PKK'nın temas halinde olduğu yasadışı yapılanmaların söylemlerinde ve PKK'nın yasal, siyasi uzantılarının açıklamalarında rastlanmaktadır.

⁶⁵ PKK'yı terör örgütü olarak kabul eden devletler listesinde Irak, İran ve Suriye'nin yer alıyor oluşu, bölgesel mahiyette önemli bir gelişmedir.

2.BÖLÜM:

SICAK TAKİP VE MEŞRU MÜDAFAA HAKKI KAPSAMINDA TÜRKİYE’NİN TERÖR ÖRGÜTÜ PKK’YA KARŞI DÜZENLEDİĞİ SINIR ÖTESİ OPERASYONLARIN HUKUKSAL MEŞRUIYETİ

Temmuz 1983’te Barzani yönetimindeki Kürdistan Demokratik Partisi ile PKK arasında Dayanışma İlkeleri Anlaşması imzalanmıştır⁶⁶. Bölgede önemli bir siyasal nüfuz alanına sahip olan Barzani, söz konusu mutabakat sonucu oluşan inisiyatif ile ‘‘faşist bir ülke ve Kürt halkının düşmanı’’ olarak tanımladığı Türkiye’ye karşı PKK’yı desteklediğini bildirmiştir⁶⁷. Böylece bölgesel etkinliğe sahip bir güçten aldığı destek ile PKK, Kuzey Irak bölgesine adım atarak siyasal, ekonomik ve askeri seviyelerde etkin bir manevra alanı kazanmıştır. Söz konusu anlaşmanın imzalandığı dönem ve bu dönemi takip eden dönemin konjonktürel çerçevesini oluşturan İran-İrak Savaşı(1980-1988) ile oluşan güç boşluğu⁶⁸, Soğuk Savaş sonrası ülkelerin farklı güvenlik kaygıları neticesinde Türkiye’nin Irak politikalarına karşı çekinceli tavır sergilemeleri ve birçok ülkenin açık yahut üstü kapalı bir biçimde PKK’ya destek vermesi⁶⁹ gibi faktörlerin yoğun etkisi sonucunda

⁶⁶ ÖZDAĞ, Türkiye, Kuzey Irak ve PKK, s.36

⁶⁷ ÖZDAĞ, Türk Ordusunun PKK Operasyonları, s.48

⁶⁸ 1983 seçimlerinden sonra cumhurbaşkanı olan Kenan Evren de benzer bir bakış açısı ile PKK’nın İran-İrak savaşı sonucu bölgede doğan güç boşluğunun bir neticesi sonucu varlık bulduğunu belirtmiştir. bkz. ÖZDAĞ, Türk Ordusunun PKK Operasyonları, s. 50

⁶⁹ İran, bir yandan ideolojik farklılıkların etkisi ile Türk siyasalını sınırlama yahut baskı altında tutmak amacıyla, bir yandan da Irak ile yaşadığı siyasal ve askeri çatışmalarda bölge içi denge unsuru yakalamak adına PKK’yı dönem dönem desteklemiştir. Nitekim İran, ancak 2002 gibi geç bir tarihte PKK’yı terör örgütü olarak kabul etmiştir.

Tıpkı İran gibi Suriye de Türkiye ile yaşadığı anlaşmazlıklarda PKK’yı (üstü kapalı bir üslupla)bir dış politika aracı olarak kullanma eğilimi göstermiştir. Bu politika kapsamında Suriye, PKK ile beraber Marksist-Leninist Ermeni örgütlerini de Türkiye’ye karşı desteklemiştir.

İsrail’in meseleye yaklaşımını en iyi anlatacak ifade 1983 yılında dönemin İsrail Dış İşleri Bakanı’ndan gelmiştir. İzak Şamir’e göre: ‘‘Bu, kendi topraklarında bağımsız olmak isteyen bir halkın sorunudur. Kürt topraklarını işgal altında tutan ülkeler hiç söz dinlemediklerinden; söz konusu halk da amaçlarına ulaşamamaktadır. 1991 yılında yine dönemin İsrail dış işleri bakanı David Levy benzer bir yaklaşımla PKK’nın haklı bir hareket olduğunu ima etmiştir. Yunanistan da Türkiye’ye karşı PKK’yı destekleyen ülkelerdendir. 1980’li yıllarda Yunanistan’da Lavrion başta olmak üzere PKK’nın bir çok kampa sahip olduğu, iddianın ötesinde kanıtlanmış gerçeklerdir. Oethnos Gazetesi, milletvekilleri ve emekli askerlerden oluşan bir heyetin PKK kamplarını ziyaret ettiği dizi haberini yayınlamıştır.

PKK’nın arkasında dış bağlantıları ve destekleri hakkında daha detaylı bilgi için bkz. DENKER, s.78,144 ; ŞENOCAK, s.164,169

Bu dış desteklerin açılımında Özdağ, PKK’nın Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne karşı yürüttüğü mücadeleyi ‘‘vekaleten savaş’’ olarak tanımlamaktadır. bkz. ÖZDAĞ, PKK Terörü Ne-

PKK, bölgede hatırı sayılır bir nüfuz kazanmıştır⁷⁰. Bu bölgesel güç kazanımı neticesinde PKK, Türkiye'ye karşı yürüttüğü mücadelede gerekli lojistik, finansal ve insani desteği bölgeden sağlamakta; bölgeyi adeta bir üs gibi kullanmaktadır⁷¹. Daha açıcı olması için ifade etmek gerekirse: PKK, bölgeye öylesine yerleşmiş ve bölgede öylesine etkin bir konum kazanmıştır ki Kuzey Irak bölgesi için "cephe gerisi" tabirini kullanmaktadır. PKK ve Kuzey Irak denkleminde dair bu kısa ön bilgilendirme, aynı zamanda Türkiye'nin PKK ile mücadele konseptinin odağına yerleşen sınır ötesi operasyonların gerekliliğine dair temel savları da ortaya koymaktadır.

Kuzey Irak'taki güç kaymasını önlemek ve PKK'nın lojistik, ekonomik ve insan desteği kazandığı yapılanmaya darbe vurmak amacıyla Türkiye, PKK ile mücadele konsepti dahilinde kendi tabiri ile "terör yuvası" haline gelen Kuzey Irak bölgesine 1983 yılından itibaren çeşitli aralıklarda, çeşitli çap ve hacimlerde sınır ötesi operasyonlar düzenlemiştir⁷². Bu operasyonları kronolojik bir biçimde sıralandırmak gerekirse:

- 10 Mayıs 1983 tarihinde Hakkari Uludere'de PKK ile girilen silahlı çatışmada üç Türk askerinin hayatını kaybetmesi üzerine 25 Mayıs 1983 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetleri(TSK), 7000 askeri personel ile Irak sınırında yer alan Zaho ve Amediye arasındaki bölgeye 5 km. girdi. TSK ile askeri düzeyde işbirliği içinde hareket eden Irak ordusu da PKK-KDP kamplarına karşı güney yönünden kapsamlı bir operasyon başlattı. Bu operasyonlara tepki gösteren KDP, Temmuz 1983'te PKK ile "KDP-PKK Dayanışma İlkleri" adı altında bir protokol imzalayarak PKK'yı Türkiye'ye karşı verdiği mücadelesinde destekleme kararı aldı⁷³.
- Kuzey Irak üzerine ikinci sınır ötesi operasyon 1984 Ekim'inde yapılmıştır.
- Çukurca Karakolu'na yapılan saldırı neticesinde 14 Türk askerinin hayatını kaybetmesi üzerine başlatılan 12 Ağustos 1986 tarihli operasyonda Barzani kontrolündeki kaynaklara göre 165 militan öldürülmüştür.

den Bitmedi, Nasıl Biter?, s.41,42

⁷⁰ ŞENOCAK, s.149,163

⁷¹ ÖZDAĞ, PKK Terörü Neden Bitmedi, Nasıl Biter?, s.207

⁷² Operasyonlar hakkında bkz. USAK, s.26-27

⁷³ ORAN, Türk Dış Politikası, II. Cilt, s.133

- 4 Mart 1987 tarihli hava operasyonlarında Era, Sırat ve Alamış çevresinde konuşlanmış PKK kampları hedef alınmıştır. Operasyonların kapsam ve şiddeti PKK'nın bölgedeki varlığının sorgulanır hale gelmesine yol açmıştır. Bu operasyonların ardından KDP'de baş gösteren güvenlik kaygılarına bağlı olarak PKK ile KDP arasında gerginlik başlamış; KDP, PKK'ya Türkiye'ye dönme konusundaki baskılarını şiddetlendirmiştir.
- 1991 yılında sınır ötesi operasyonlar, üç yıllık aranın ardından yoğun bir biçimde tekrar başlatılmıştır. Bölgedeki Kürt aşiretlerinin desteğinin de sağlandığı bu operasyonlarda istatistiksel manada önemli başarılar elde edilmiştir. Bu dönemde dikkat çekici olan bir diğer husus ise TSK'nın önceki dönemlerdeki gir-vur-çık politikasının aksine bölgede kalıcı olarak konuşulmak amacıyla askeri personel ve istihbarat personelinin oluşan bir grubu bölgede bırakması olmuştur.
- 1992 yılının bahar ve yaz aylarında havadan ve karadan çeşitli kereler sınır ötesi operasyonlar düzenlenmiştir. Ekim ayı içinde düzenlenen ve 15 bin kadar askerin tank ve hava desteği altında sınırı geçtiği operasyon, 1992 yılının en kapsamlı operasyonu konumundadır. PKK'nın İran topraklarında artan etkisine karşı aynı dönemde Irak operasyonlarına bağlı bir biçimde İran üzerine de paralel operasyonlar düzenlenmiştir.
- Ocak 1994'te PKK'lılara mühimmat sağlayan ve lojistik destek veren Zeli Kampı'na hava operasyonu düzenlenmiştir. Aynı yılın Nisan ayında gerçekleştirilen kara operasyonunda TSK, 5000 asker ile sınırın 5 km. kadar içerisine girmiştir.
- 1995 yılının Mart ayında gerçekleştirilen Çelik Operasyonu, 35 bin askerin katıldığı ve söz konusu döneme kadarki en kapsamlı operasyon olmuştur. Ancak sınırdan içeri 60 km. girilen bu operasyonda istenilen sonuç alınmamıştır.
- 1996 bahar aylarında düzenlenen bir çok hava operasyonunda Zap, Haftanın ve Kumri bölgelerindeki PKK kampları bombalanmış; bu operasyonlar sonrasında Barzani, saldırılarda sivillerin de öldüğünü belirterek Türkiye'yi suçlamıştır.
- Aralık 1997'de düzenlenen ve 20 bin askeri personelin katıldığı 'Çekiç Operasyonu'na KDP güçleri de bölgesel destekte bulunmuştur.

- 1998 yılının bahar aylarında düzenlenen ‘‘Murat Operasyonu’’na 15 bin kadar askeri personel katılmış ise de söz konusu operasyon sonunda beklenen hedeflere ulaşılamamıştır
- 1999 yılında düzenlenen ‘‘Sandviç Operasyonu’’ sırasından hava ve kara operasyonları eşgüdümlü bir biçimde gerçekleştirilmiştir. Lolan ve Hakurke’ye düzenlenen hava operasyonlarında önemli sonuçlar elde edilmiştir.
- 1998-2003 yılları arasında PKK’nın ilan ettiği tek taraflı ateşkesin de etkisiyle bölgeye yönelik kapsamlı bir operasyon gerçekleştirilmemiştir.
- 7 Ekim 2007’de 13 köy korucusunun öldürülmesi ve bu olayın hemen bir kaç gün sonrasında 13 Türk askerinin PKK tarafından düşürüldükleri pusuda hayatlarını kaybetmişlerdir. Bu sıcak gelişmelerin ertesinde TBMM, 507 kabul oyuna karşın 19 ret oyuyla Irak’ın kuzeyine karşı sınır ötesi operasyonlar için tezkere verilmesini kabul etmiştir. Tezkerenin çıkması ile beraber Türk Genelkurmay’ı Irak sınırına 100 bin askerlik bir yığınak yapmış ve 21 Ekim 2007 tarihinde Kuzey Irak’a yönelik hava hareketini başlatmıştır. Hava hareketini takiben sınırlı hacimde de olsa bazı kara operasyonları da düzenlenmiştir. 16 Aralık 2007’de 50 savaş jetinin katıldığı hava operasyonlarında Türk güçleri Irak hava sahasının 90 km. içlerine kadar girmişlerdir.
- 2007 yılından itibaren Türk kuvvetlerinin kapsamlı operasyonlar düzenlediğine şahit olunmamıştır. Sınırdaki zaman zaman hareketlilikler yaşansa da operasyonlar daha çok hava hareketleri şeklinde tertip edilmektedir.

Çeşitli çap ve hacimlerde düzenlenen sınır ötesi operasyonlar, gerek Kuzey Irak’taki bölgesel siyasi güçlerin gerek batılı güçlerin bakış açıları nezdinde sıklıkla tartışma konusu haline getirilmiştir. Bu tartışmalar içinde PKK ve PKK’yı destekleyen yanlı bakış açılarına sahip odaklar kadar meseleye hukuksal düzlemde meşruiyet sorgusu biçiminde yaklaşanlar da mevcuttur. Çalışmanın ruhu ve objektivitenin gerekleri uyarınca Türkiye’nin Kuzey Irak operasyonları hukuksal bir düzlemde irdelendiğinde sınır ötesi operasyonlar üzerinde dönemsel bir tasnife gitmek gereği doğmaktadır. Bu bağlamda Türkiye’nin sınır ötesi operasyonlarında birinci dönem, ikili anlaşmalardan doğan sıcak takip hakkına; ikinci dönem ise BM Anlaşmasından doğan meşru müdafaa hakkına bağitlanarak incelenmelidir.

2.1. İkili Anlaşmalardan Doğan Sıcak Takip Hakkı⁷⁴ Kapsamında 1991 Öncesi Dönem

Türkiye ile Irak arasında sınır güvenliği ve işbirliğine dair imzalanmış üç temel anlaşma bulunmaktadır:

- 1) **5 Haziran 1926 tarihli Sınır Anlaşması:** Türkiye, İngiltere ve Irak'ın taraf olduğu anlaşma Ankara'da akdedilmiştir. İki bölümden oluşan anlaşmanın birinci bölümü taraflar arasındaki sınırı belirlerken ikinci bölümü oluşturan 6 ve 13. maddeler arası kısım, iyi komşuluk ilişkileri üzerine düzenleyici hükümlerden oluşmaktadır. Söz konusu anlaşmanın ikinci bölümünde yer alan 9. madde sınır bölgelerinde cürüm işleyip sınırın öte tarafına kaçanların tutuklanıp iade edilmesi ile ilgilidir. Bu bağlamda 9. madde üzerinden sınır bölgeleri için adli işbirliği kurulmaktadır.

12.madde '*sınır bölgesinde öteki devlete karşı yöneltilmiş hiçbir propaganda örgütüne ya da kuruluşuna izin vermeyecektir.*' diyerek siyasal öncelikleri yoğun olan bir güvenlik çemberi oluşturmuştur.

- 2) **29 Mart 1946 tarihli Dostluk ve İyi Komşuluk Anlaşması:** 5 Haziran 1926 tarihli sınır anlaşmasının ikinci bölümünün yerini alan bu anlaşma da tıpkı ilk anlaşma gibi sınır güvenliğinin sağlanmasına ve işbirliğine yönelik taahhütlerde bulunmaktadır⁷⁵.

⁷⁴ **Sıcak Takip Hakkı:** Sıcak takip hakkı deniz hukukunda yerleşmiş tarihsel bir hakktır ve 1982 BM Deniz Hukuku Sözleşmesinin 111. maddesi ile de açıkça tanınmıştır. Buna göre iç sularında, takımda sularında ya da bitişik bölgesinde yasaları ve yönetmelikleri çığnayan bir devlet, suçu işleyen gemiyi açık denize kadar takip edebilir, durdurabilir ve gerekli işlemleri yapabilir. İzleme hakkını kullanan devletin bu izlemeyi radarla değil gözle yapması, gemiyi kendi deniz alanlarını henüz terk etmemişken izlemeye başlaması, takibi yetkili devlet gemileri ile gerçekleştirmesi ve izlemenin hiçbir şekilde kesintiye uğramaması gerekmektedir. Takip açık denizde de devam edebilmektedir; ancak gemi başka bir devletin karasularına girdiği anda sona ermek zorundadır. Deniz hukukundaki bu hakkın, kara ülkesinde de geçerli olduğuna dayalı görüşlere ve uygulamalara sıklıkla rastlanmaktadır. Deniz alanları söz konusu olduğunda hiçbir devletin egemenliği altına girmeyen uluslararası alanların varlığı, izleme hakkı bakımından sorun çıkmasını engellemektedir ama karada böyle bir uluslararası alan bulunmamaktadır. Dolayısıyla bir devlet ülkesinde suç işleyen kişilerin ya da grupların takibine başka bir devletin ülkesinde devam edilmek durumundadır. Bu nedenle takibin hemen suç işlendikten sonra başlaması, denizdeki takip hakkında olduğu gibi gözle yapılması, kesintiye uğramaması ve en önemlisi, ülkesinde devam edeceği devletin açık rızasının varlığı bu hakkın kullanılabilmesi için şarttır.

⁷⁵ USAK, s.24

1946 tarihli anlaşmanın 6. maddesinde sayılan 6 ek protokolden 6. ek protokolün 1. maddesine göre:

“... Taraflar; iki memleket arasındaki hududun her iki yanında 75'er kilometrelik bir bölgede çıkacak ve hudut münasebetlerinin ahengini bozacak mahiyetteki her türlü olay ve anlaşmazlığın çözülmesini sağlamak hususunda anlaşmışlardır.”

Aynı protokolün 11. maddesi:

“...hudut bölgelerinin öteki tarafın güvenlik ve ülke bütünlüğüne karşı yöneltilecek hareketler için kullanılmasına, her birinin kendi toprağında kendi takdirine bırakılan uygun tedbirlerle karşılıklı olarak engel olmayı taahhüt ederler.”

14. maddede ise:

“taraflar hududu, silahlı şahısların taarruzlarına karşı korumak için bütün faydalı tedbirleri almayı taahhüt ederler.” denilmektedir. 6. ek protokolün 1, 11 ve 14. maddelerinin sınır güvenliğini sağlamak hususunda önemli taahhütlerde bulunduğu görülmektedir.

Birçok araştırmacının yanıltığı üzere söz konusu anlaşmalar ve ek protokolleri herhangi bir biçimde sınır ötesi operasyon yahut sıcak takip hakkına müsaade etmemekte; yalnızca sınır güvenliğinin sağlanmasına ve adli işbirliğinin koordine edilmesine yönelik kapsamlı taahhütleri barındırmaktadır⁷⁶.

- 3) **15 Ekim 1984 tarihli Türkiye-İrak Güvenlik Protokolü:** Dışişleri Bakanı Vahit Halefoğlu ve Genelkurmay İkinci Başkanı Orgeneral Necdet Öztoran'un Bağdat ziyareti sırasında imzalanan protokol, her iki ülkeye de ön izin olmaksızın diğer ülke topraklarına 5. kilometreye kadar sıcak takip yapma hakkı tanımaktadır. Söz konusu anlaşma dört yıllığına akdedilmiştir⁷⁷. Bu bağlamda Türkiye, 1984 yılında imzalanan güvenlik protokolü ile akit devletin rızasını alarak; 1984-1988 arası dönemde gerçekleştirdiği sınır ötesi operasyonlar için hukuksal bir meşruiyet tabanına kavuşmuş olmaktadır.

⁷⁶ ORAN, Türk Dış Politikası, I. Cilt, s.267,268

⁷⁷ Anlaşmanın ömrü bu dört yıl ile sınırlı kalmıştır. Anlaşmanın süresinin tekrar uzatılmamasının sebebi olarak Türkiye'nin sıcak takip hakkını Irak'a kullanılmaması istememesi, ileri sürülmektedir.

2.2. Meşru Müdafaa Hakkına Dayanan 1991 sonrası Dönem

1991 Körfez Savaşı'nın hemen ertesinde Saddam'ın, ayaklanan Kuzey Irak Kürtlerine karşı başlattığı operasyonlar, bir güvenlik bunalımı ve insani krizin doğmasına sebep olmuştur. Bu gelişmelerin sıcağında dönemin ABD Başkanı Bush'un 10 Nisan 1991 tarihinde bir deklarasyonla bildirdiği, 5 Nisan 1991 tarih ve 688 sayılı BM Güvenlik Konseyi kararı⁷⁸ uyarınca Irak'ın, 36. paralelin kuzeyindeki topraklarda gerçekleştirebileceği her türlü askeri faaliyet yasaklanmıştır⁷⁹. Söz konusu BM kararı ve uygulamalarının çözümünde Kuzey Irak Bölgesi, hukuki mahiyette(*de jure*) Irak'ın bir parçası olmaya devam ederken; fiiliyatta(*de facto*) bir tür devletsiz alan haline gelmiştir⁸⁰.

688 sayılı kararın Türkiye ile PKK arasındaki dengelere sirayetini, Türkiye'nin aleyhine bir süreç evrimi olarak okumak mümkündür. 688 sayılı karar uyarınca Irak ordusunun bölgeden uzaklaştırılması ve Irak hükümetinin egemenlik yetkisinin kısıtlanması sonucu bölgede oluşan siyasal boşluk, PKK için geniş bir hareket alanı anlamına gelmektedir. Bu da hiç kuşkusuz PKK'nın Türkiye'yi hedef alan mücadelesinde ciddi bir yoğunlaşmaya sebep olan, önemli bir gelişmedir. Nitekim 1992-1995 arası dönem, Türkiye'ye yönelik saldırılar kapsamında PKK'nın en faal olduğu dönemdir. Bu yoğunluk karşısında reaksiyoner bir biçimde PKK ile mücadelesini yoğunlaştırma gereği duyan Türkiye'nin sık ve hacimli askeri operasyonları, meşru müdafaa hakkına dayandırılmaktadır. Türkiye'nin 1991 sonrası dönemde gerçekleştirdiği sınır ötesi operasyonların meşru müdafaa hakkı ile ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceği sorunsalının çözümü için "BM Anlaşması genelinde kuvvet kullanma yasağı ve bu yasağın istisnaları, meşru müdafaa hakkının şartları ve silahlı çatışma tanımları" parametrelerinin çizeceği tablonun irdelenmesinde fayda vardır.

2.2.1. BM Anlaşması uyarınca kuvvet kullanma yasağı ve istisnaları:

BM Anlaşması 2/4. maddede hükmedildiği üzere: "*Teşkilatın üyeleri, milletlerarası münasebetlerinde gerek bir başka devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı gerek BM'nin amaçları ile telafi edilemeyecek herhangi bir surette, tehdide veya kuvvet kullanımına başvurmadan kaçınırlar.*" Böylece BM Anlaşması bir devletin bir diğer devlete karşı tek taraflı bir biçimde kuvvet kullanmasını yasaklamaktadır. Anlaşmanın 2/3.

⁷⁸ Söz konusu karar ABD'nin Irak'a girdiği 2003 yılına kadar geçerli kalmıştır.

⁷⁹ ARMAOĞLU, s.890

⁸⁰ USAK, s.25; TEZER, 157; ARMAOĞLU, s.890,891

maddesinde ise devletlerarası anlaşmazlıkların uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye atmayacak bir biçimde barışçı yollardan çözümlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁸¹. 2/4. madde açılımında kuvvet kullanma tehdidi ve kuvvet kullanma yasaklanırken saldırı, silahlı saldırı ve müdahale eylemleri kuvvet kullanma biçimleri olarak belirtilmiştir.

BM Anlaşması'na taraf olan devletlerin üstlendikleri bu kuvvet kullanma tehdidinde bulunmama ve kuvvet kullanmama yükümlülüklerine, geçerli ve uygulanabilir olan iki istisna durum geliştirilmiştir. Bunlardan ilki: Yetkili organ olan Güvenlik Konseyi'nin olaya el koymasına kadar geçerli olan geçici nitelikteki, devletlerin tek taraflı kuvvet kullanmaları ile ilintili meşru müdafaa halidir ve BM Anlaşması'nın 51. maddesi ile düzenlenmektedir. Kuvvet kullanma yasağına karşı ikinci istisna ise doğrudan BM kararı ile kuvvet kullanma durumudur⁸². BM Anlaşması'nın VII. bölümü, 39.madde ile BM Güvenlik Konseyi'ne barışın tehdidi, bozulması ve saldırı durumunda tavsiyede bulunma yetkisi tanırken aynı bölümün 41 ve 42. maddeleri Güvenlik Konseyi'ne gerekli kararları alma ve tedbirlere başvurma hakkı tanımaktadır.

2.2.2. Meşru müdafaa hakkı: Temel ilkeler ve şartlar: BM Anlaşması'nda 'meşru müdafaa' hakkının tanzim edildiği 'Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Alınacak Önlemler' başlıklı VII. bölümün 51. maddesi şu şekildedir:

*'Bu anlaşmanın hiçbir hükmü, BM üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına halel getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu anlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin kurulması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez.'*⁸³

Meşru müdafaa hakkının ilkesel tanziminin yapıldığı 51.madde kapsamında, söz konusu hakkın doğal bir hak olarak gerektiğinde Güvenlik Konseyi gözetiminde kullanılmak üzere saklı tutulduğu görülmektedir. 51.maddeye yönelik öncelikli şart ise silahlı bir saldırının mevcudiyeti olarak

⁸¹ TOPAL, s.86

⁸² KESKİN, s.132

⁸³ BM Anlaşması tam metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf> (erişim tarihi: 18.06.2012)

belirlenmiştir. Diğer belirleyici şartlar ise gereklilik (barışçıl, makul yolların tüketilmiş olması), aciliyet (silahlı saldırılar ile meşru müdafaa hakkının kullanılması arasında zamansal bütünlük), orantılılık (saldırıları püskürtmek için gerekenden fazla güç kullanmama) ve bildirim (Güvenlik Konseyi'ne saldırıya ve hakkın kullanılacağına dair bilgilendirmede bulunma) olarak sıralanabilir⁸⁴.

2.2.3. Devlet dışı aktörlerin silahlı çatışmalarda yeri: Meşru müdafaa hakkının kullanım şartı için öncelikle bir silahlı saldırı mevcudiyetinin aranıldığından bahsedilmisti. Ancak BM Anlaşması metinlerinde söz konusu silahlı saldırının özelliklerine dair herhangi bir açıklayıcı tanım yapılmamıştır. Bu bağlamda devlet dışı aktörlerin silahlı saldırı faili sayılıp sayılamayacağı; sayılacaklar ise hangi yoğunluktaki eylemlerin silahlı saldırı kapsamına alınacağına dair doktriner düzeyde hayli hararetle fikir çatışmaları doğmuştur.

BM Anlaşması'nın imza edildiği dönem ve şartları göz önünde tutulursa anlaşmanın ruhuna uygun olarak silahlı saldırı ve meşru müdafaa kavramlarının devletlerarası ilişkiler ile sınırlı ve bağlantılı olduğu görülecektir. Bu geleneksel görüş 12.12.1974 tarih ve 3314 sayılı BM Genel Kurul kararı ile daha da somutlaşmıştır. Kısaca BM Saldırı Tanımı Kararı olarak anılan bu sekiz maddelik karar, açıkça saldırının bir devletten bir başka devlete yönelerek gerçekleşebileceğini ifade etmektedir. Ayrıca ilgili kararın 7. maddesi ile self determinasyon, özgürlük ve bağımsızlık haklarının saldırı tanımından bir zarar görmediği de vurgulanarak ulusal kurtuluş hareketlerinin hukuki konumu korunmaya çalışılmıştır⁸⁵. Bu bağlamda devletler ile devlet dışı aktörlerin münasebetleri arasında silahlı saldırı halinin varlığından söz etmek olanaklı görünmemektedir.

Uluslararası politik ve hukuki sistemin statik bir karaktere sahip olmaması sonucu yaşanan gelişmeler, oluşan tikanıklıkların çözülmesi adına sistemi yeni kavram ve tanım arayışlarına yöneltmiştir. Nitekim devletler ile devlet dışı aktörler arasındaki uzun süreli çatışmaları tanımlayan ve genellikle terörizmle mücadele ile özdeşleştirilen “Düşük Yoğunluklu Savaş”, sonuçları itibari ile devletler arası bir savaşı aratmayabilmektedir⁸⁶. Gelişmelerin ışığında BM Anlaşmasına hakim geleneksel görüşün aksine uluslararası yargı organlarının içtihatları ve ilerleyen dönemlerdeki BM

⁸⁴ ARAL, s.26,30

⁸⁵ TEZCAN, s.359

⁸⁶ TOLUNER, s.247

kararları, kavramsal olarak bu tür mücadelelerin de silahlı saldırı kapsamında değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Bu süreçte ilk olarak Uluslararası Adalet Divanı (UAD), verdiği Nikaragua Davası kararında silahlı saldırı için bir başka devlet tarafından desteklenmiş olma ve saldırı ağırlığının oranı tespitlerinde bulunmuştur⁸⁷. UAD'ın bu kararı, dar yorumcu görüşe paralel bir çerçevede de olsa silahlı saldırı faili ve tanımına dair geleneksel görüşü esnetmiştir. Hakim geleneksel görüşteki kırıma ise 9/11 olayları sonrasında yaşanmıştır. BM Güvenlik Konseyi, 9/11 olayları ile ilgili olarak almış olduğu 12 Eylül 2001 tarih ve 1368 sayılı kararda söz konusu eylemleri, uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bir tehdit olarak nitelendirmiş ve BM Anlaşması'na uygun olarak bireysel ve ortak meşru müdafaa hakkını onaylamıştır. 29 Eylül 2001 tarihinde alınan terörizmle mücadele temalı 1373 sayılı karar ile bu hakka tekrar atıf yapılmıştır⁸⁸. BM tarafından alınan bu kararlar doğrultusunda doktrindeki geniş yorum⁸⁹ etkinlik kazanmış, terör eylemlerine karşı düzenlenecek askeri müdahaleler için kolaylaştırıcı bir adım atılmıştır.

Bu tabloda oluşan kuvvet kullanma ve meşru müdafaa hakkına dair genel hatlar, Türkiye'nin sınır ötesi operasyonları özeline aktarılacak olunursa:

- Irak yönetimi ve bölgesel yönetimin Nikaragua örneğinde görüldüğü şekliyle PKK'ya açık bir desteğinin varlığından söz etmek oldukça zordur. Ancak net olan şudur ki tüm girişim ve çabalara rağmen PKK bölgedeki aktif varlığını devam ettirmekte ve Kuzey Irak üzerinden Türkiye'ye yönelik saldırılarını sürdürmektedir. PKK'nın durdurulmasına yönelik Irak ve Türkiye arasındaki tüm diyaloga rağmen bu eylemselliğin devam etmesi barışın korunması adına "son çare"nin tüketildiğini ve bu suretle sürecin meşru müdafaa için gerekli ön şartlardan olan "gereklilik" şartını taşıdığı görülmektedir.
- Türkiye'nin gerçekleştirdiği askeri operasyonların refleksif bir tutum ile saldırı sonrası dönemlere tekabül ediyor oluşu "aciliyet" şartının gerçekleştiğini göstermektedir. Öte yandan Kuzey Irak'tan Türkiye'ye yönelen terör saldırıları münferit birer eylem olmaktan ziyade düzenli ve tekrarlı eylemlerdir. Bu özellik hiç kuşkusuz gereklilik şartının güçlenmesi ile ilintilidir.

⁸⁷ KAYA, s.174-175

⁸⁸ TOPAL, s.105-106

⁸⁹ Yorum öylesine genişlemiştir ki Bush Doktrini olarak literatüre geçen yaklaşım kapsamında ABD, yoğun eleştirilere tabi kaldığı üzere önleyici meşru müdafaa hakkını bir dış politika aracı olarak kabul etmiş ve bu paralelde eylemler-müdahaleler gerçekleştirmiştir.

- Türkiye'nin Kuzey Irak'a yönelik operasyonlarında PKK kampları olarak tabir edilebilecek nokta hedeflere odaklanılmış ve operasyonlar gerektiğinden daha uzun sürdürülmemiştir. Ezcümle mevcut Irak Devlet Başkanı Celal Talabani'nin de ifade ettiğii üzere Türk devletinin askeri operasyonları, sınırlı ve geçici özellik taşımaktadır.
- Uluslararası camiada bazı çevreler bildirim şartını, meşru müdafaa hakkının olmazsa olmaz kriteri olarak değerlendirmektedir. Ne var ki doktriner düzeydeki bu tartışmaların ötesinde UAD'ın Nikaragua Davası üzerinden meseleye yaklaşımı, ilgili eylemler için Güvenlik Konseyi'ne ön bildirimde bulunmuş olmamanın hakkı ortadan kaldıran ya da sakatlayan bir durum olmadığı; ancak gerekli değerlendirmelerde zayıflatıcı etki olarak değerlendirebileceğii şeklinde olmuştur⁹⁰. Bu bağlamda Türkiye'nin, Kuzey Irak'a yönelik sınır ötesi operasyonlarının tamamında BM Güvenlik Konseyi'ne bildirim şartını yerine getirmemiş olmasına karşılık UAD içtihadı doğrultusunda net olarak görülecektir ki bu noksanlık, hakka hanel getirebilecek bir noksanlık değildir.

SONUÇ

Türkiye'nin PKK ile mücadele konsepti ve bu konsept dahilindeki sınır ötesi operasyon kavramlarının hukuksal zeminini görebilmek adına açılması gerekli en önemli düğüm, terörizm ve gerilla savaşı kavramlarının iç içe geçmesine bağlı olarak oluşan PKK'nın kimlik sarmalı idi. Sarmalın çözüm ihtiyacının yoğun içerik olarak belirlenmesi, hem iç hukuk hem de uluslararası hukuk boyutunu belirginleştirecek şartların incelenebilmesi adına önem taşımaktaydı. Nitekim terörist ve gerillanın hukuken tanımlanma ve haklar noktasında nüans ötesi ayrımlara sahip olduğu belirtilmişti.

Deskriptif yaklaşımla hazırlanan birinci bölümde PKK'nın kendini ulusal kurtuluş hareketi olarak tanımladığı, buna karşın Türkiye'nin ısrarla "terör örgütü" tanımlamasına başvurduğu görüldü. PKK'nın girift eylem metodolojisi göz önünde tutulduğunda kırsaldaki panoramanın PKK'yı doğrular niteliğine karşın metropol eylemlerinin bir kırılma noktası yaratarak Türk tarafının resmi tezini kuvvetlendirdiğii ve hukuki savaşı kimliğini kaybettiğii, çeşitli tanım ve hukuk normları üzerinden netleşti. Terör tanım

⁹⁰ TEZER, s165,169

ve mevzuat normlarının ortak noktasında duran sivil halkın hedef alınmış olması kriterinin PKK'da var olması, PKK'nın kavramsal olarak gerilladan ziyade teröriste eş bir noktada pozisyon almasına sebep olmaktadır. Bu bağlamda "kırsalda gerilla metodolojisini benimsemiş bir terör örgütü" tanımı, en gerçekçi tespit olarak bölüm sonunda yerini buldu.

Türkiye'nin PKK'ya karşı giriştiği mücadelenin askeri boyutunda en hacimli yere sahip olan sınır ötesi operasyon kavramı, mühim derecede hukuksal gereklilik ve hassasiyet içeren bir kavramdır. Nitekim söz konusu kavram, Türkiye'nin silahlı kuvvetlerini kullanarak bir başka devletin egemenlik sahasına girmesi ile ilgilidir. Türkiye'nin Kuzey Irak üzerine gerçekleştirdiği sınır ötesi operasyonların uluslararası hukuk nezdinde meşruiyetinin irdelendiği ikinci bölüm, ayracın 1988 yılına(1988-91 arası 3 yıllık eylemsizlik dönemi göz önünde tutulduğunda 1988 yerine 1991 yılı ayırım noktası olacaktır) denk geldiği iki dönem üzerinden incelenmiştir. Birinci dönem, Türkiye ile Irak arasında imzalanan 15 Ekim 1984 tarihli Güvenlik Protokolü'nden doğan sıcak takip hakkı çerçevesinde çizilmiş bir eksende seyretmiştir. Türkiye, protokolün yürürlükte olduğu 1984-1988 arası dönemde gerçekleştirdiği sınır ötesi operasyonlarında, Irak'ın protokol dahilinde gösterdiği rızaya dayanarak yine ilgili protokolden doğan sıcak takip hakkını kullanmıştır; yani hak, taraflar arasındaki mutabakattan doğmuştur. Bu bağlamda 1988 öncesi dönemde Türkiye'nin gerçekleştirdiği sınır ötesi operasyonların hukuki kanalında bir tikanma yahut açmaz söz konusu değildir. Türkiye'nin sınır ötesi operasyonlarının hukuksal açıdan sorgulanırlığı, 1991 sonrası döneme aittir. Dört yıllığına imzalanan Güvenlik Protokolü'nün uzatılmaması; ancak Türkiye'nin PKK ile mücadele serüveninde sınır ötesi operasyonlarına devam etmesi, hukuksal meşruiyetin çeşitli platformlarda tartışma konusu olmasına sebep olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti siyasi sınır ötesi operasyonlarında ihtiyaç duyduğu hukukilik zeminini, meşru müdafaa tezi ile doldurmaya çalışmıştır. Türkiye'nin meşru müdafaa hakkı kullanımına yönelik -meşru müdafaa hakkına başvurmanın öncelikli şartı olan- silahlı saldırı açmazı, Türkiye'nin tezi karşısında öne çıkarılan ana sorunsal olmuştur. Uluslararası barış ve güvenliği koruma maksadıyla kuvvet kullanmama ilkesinin ana tema olduğu BM Antlaşması içinde tanzim edilen ve kuvvet kullanmama ilkesine istisnai haller başlığı altında yeri olan meşru müdafaa hakkı, ancak bir silahlı saldırı karşısında kullanılabilir bir haktır. Bu bağlamda hakkın kullanımı için kavramsal olarak netleştirilmesi gereken öge,

silahlı saldırı unsurudur. BM Antlaşması'nın imzalandığı dönemde hakim olan geleneksel görüş, silahlı saldırıyı devletlerarası düzeyde algılamaktadır. Geleneksel görüşün kavramsal açılımına göre devlet dışı unsurların eylemleri, hakkın kullanımında öncül şart olan silahlı saldırı kapsamında değerlendirilmemektedir. Türkiye Cumhuriyeti siyasalının tezine geleneksel görüş üzerinden yöneltilen esasa yönelik bu eleştiriye cevap, konjonktürel gelişmelerin sıcağında esnekliği yakalayan Nikaragua Davası kararları ve 11 Eylül olaylarının hemen ertesinde BM Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararlardan gelmiştir. UAD içtihatları ve BM kararları, silahlı saldırının devlet dışı aktörlerden de gelebileceği yorumunun somutlaşmasını sağlamıştır. Bu bağlamda PKK'nın Türkiye'ye karşı silahlı saldırı halinde olduğu tezi, uluslararası hukuk nezdinde emsallere ulaşarak güçlenen bir argümandır. Meşru müdafaa hakkının diğer şartları olan gereklilik, orantılılık ve aciliyet ilkelerinin mevcudiyeti, Türk tarafının tezini güçlendirirken BM Güvenlik Konseyi'ne bildirim şartının yerine getirilmemiş olmasının hakka hâlel getirecek bir argüman olmadığı, yine UAD kararlarında görülmüştür. Nitekim BM tarafından Türkiye'nin sınır ötesi askeri eylemlerine karşı herhangi bir uyarı yahut kınama bildiriminde de bulunulmamıştır.

Türkiye ile PKK arasındaki çatışmanın kendi sınırlarına sığraması sonucu sürece müdahil olan Irak'ın, Türkiye'nin gerçekleştirdiği sınır ötesi operasyonlar ile münhasır egemenlik hakkının ihlal edildiği savı, Türkiye'nin sınır ötesi operasyonlarına karşı doğrudan muhatabından yönelen bir diğer eleştiridir. Bu eleştiri karşısında ivmelenen iki parametre Türk tarafının tezini kuvvetlendirmektedir. Bu parametrelerden ilki, 1991-2003 arası süreci kapsayan ve Irak siyasalının, sınır ötesi operasyonların yöneldiği bölgede egemenlik haklarının kısıtlanması ile ilintili olan 688 sayılı BM kararıdır. İlgili BM kararı neticesinde Kuzey Irak'ta Saddam hükümetinin her türlü askeri faaliyeti yasaklanmış ve netice itibarı ile söz konusu bölge, fiili mahiyette bir tür devletsiz alan haline gelmiştir. Bu bağlamda 1991-2003 arası süreçte Irak siyasalının, Türkiye'ye yönelen silahlı saldırıya karşı gereken önlemleri alamaması, Türkiye'nin kendi tedbirlerini kendisinin alması zorunluluğunu doğurmuştur.

2003 yılında ABD'nin Irak'a müdahalesi neticesinde Saddam iktidardan düşmüş ve böylece söz konusu BM kararının uygulanırılığı nihayete ermiştir. İkinci parametre de bu noktada doğmaktadır. 688 sayılı

karardan doğan kısıtlamanın sona ermesiyle Kuzey Irak tekrar devletli bir bölge haline gelmiştir. Irak, 2004 yılında terör örgütü listesine dahil ettiği PKK'ya karşı BM'in terörle mücadelede kolektif sorumluluk prensibi uyarınca birtakım yükümlülükler altına girmiştir. Öte yandan Irak, ABD ve Türkiye arasındaki diyaloglarda, PKK'nın Kuzey Irak'taki varlığının sona erdirilmesi ve bu bağlamda Türkiye'ye yönelen tehdidin bitirilmesi adına bir çok vaatte bulunulmuştur. Ancak gerek taraflar arasındaki diyaloglar gerek BM'in prensipleri doğrultusunda tatmin edici seviyede engelleyici adımlar atılmamıştır. Bu şartlar altında Türkiye'nin meşru müdafaa hakkını kullanıyor oluşu, münhasır egemenliğe saldırı ile özdeşleştirilememektedir. Nitekim Türkiye, sınır ötesi operasyonlara Irak hükümetinin gerekli tedbirleri almada yetersiz kalması sonucu başvurmaktadır.

Gelinen nokta, Türkiye'nin PKK ile mücadelesinde Kuzey Irak bölgesine gerçekleştirdiği operasyonların-özellikle 1991 sonrası döneme dahil olanların- meşru müdafaa konsepti içinde hukuki bir tabana sahip olduğunu göstermektedir. Ancak 28 Aralık 2011 tarihinde yaşanan ve kamuoyunun belleğine Uludere hadisesi olarak kazınan olaylar, sınır ötesi operasyonların farklı bir bakış açısında sorgulanır olmasına neden olmuştur.

28 Aralık 2011 akşamı Türk Silahlı Kuvvetleri'nin insansız hava aracı görüntüleri ve istihbarat paylaşımına dayanarak eylem hazırlığındaki PKK militanları oldukları zannı ile Türkiye-Irak sınırının Irak yakasında gerçekleştirdiği hava operasyonu sonucu sonradan kaçakçı oldukları anlaşılan 34 kişi hayatını kaybetmiştir. 34 sivilin hayatını kaybettiği hadise sonrasında yurt içi ve yurt dışı kamuoyunun büyük kısmı ve birçok basın-yayın organı meseleyi bir katliam olarak değerlendirmiştir. İnsan Hakları Derneği, yayınladığı 3 Ocak 2012 tarihli raporunda 34 köylünün yaşam hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir⁹¹. Türkiye'ye yönelen eleştirilerin temel haklar noktasında yoğunlaştığı, Türkiye'nin eyleminin ise güvenlik gerekçelerine dayandığı bir atmosferde "güvenlik mi haklar mı paradoksu" çözüm beklemektedir. Bu noktada önemli bir içtihat ve açıcı bir dimağ olarak refere edilebilecek olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kılıç kararında belirtildiği üzere:

"Mahkeme...(AİHS'nin 2. maddesinin ilk cümlesinin)sadece devlete kasti ve hukuk dışı öldürmeden kaçınma değil aynı zamanda yetkisi içindeki

⁹¹ Raporun tam metni için bkz. http://www.ihd.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=2491:roboski-katliami-raporu-03-ocak-2012&catid=30:ortak-baslamalar&Itemid=80 (erişim tarihi: 18.06.2012)

kişilerin yaşamlarını güvence altına almak için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü yükler. Bu kişinin, yaşama hakkını güvenceye almak için kişiye karşı işlenen suçlardan caydırmak amacıyla önlemek, bastırmak ve bu hükümlerin ihlallerini cezalandırmak ile desteklenmiş bir şekilde, etkin ceza hukuku hükümlerinin uygulamaya konması devletin temel görevlerindedir. Bu, ayrıca uygun durumlarda başka bireylerin suç eylemleri nedeniyle yaşamları risk altında olan kişi ve kişileri korumak için önleyici operasyonel tedbirlerin alınması ile ilgili birimlerin pozitif yükümlülüğünü de kapsar.”

İlgili kararda görüldüğü şekliyle devletin pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır ve bu yükümlülük, insan hakları ihlallerinden kaçınmayı olduğu gibi insan haklarının ihlaliyi önleyerek bu hakların kullanılmasının gerçekleştirilmesinin sağlanmasını da içerir⁹². Karar ve yorumun açılımında ifade edilebileceği gibi; devletin yaşama hakkına saygı duyma yükümlülüğü kadar -özellikle terör ile mücadele sürecinde- korumakla yükümlü olduklarını yaşatma görevine sadık olmasının da gerekliliği büyüktür.

Türk Genelkurmayı'nın olayların hemen ardından yayınladığı bilgilendirme metni önemli gerekçeler barındırmaktadır. Bu resmi açıklamada olayın meydana geldiği yer olarak Kuzey Irak coğrafyasındaki Sinat-Haftanın bölgesinin gösterilmesi dikkat çekicidir. Nitekim söz konusu bölge sivil yerleşimlerin bulunmadığı ve PKK kamplarının varlığı ile tanınan bir bölgedir. Hava operasyonunun yapıldığı bölgenin sıcak çatışma bölgesi olduğu ortadadır. Diğer dikkat çekici husus ise terörle mücadele sürecinde edinilen tecrübelerin vurgulanması ve insansız hava araçlarının elde ettiği görüntülerin iç içeliğidir⁹³.

PKK militanlarının yakın bir süre önce gerçekleştirdiği Hantepe⁹⁴ ve Gediktepe⁹⁵ karakol baskınlarında, ağır makineli silahların (Doçka) katır sırtlarında taşınması ile yaşanan acı tecrübe, bölgenin yüksek çatışma riski taşıyor oluşu ve insansız hava aracı görüntüleri; terörle mücadele aktörlerinin korumakla yükümlü olduklarını yaşatma sorumluluğu ile birlikte tahlil edilmelidir.

⁹² ÜNAL, s.27

⁹³ Genelkurmay açıklaması için bkz. <http://www.internethaber.com/b--392666h.htm> (erişim tarihi: 18.06.2012)

⁹⁴ bkz. <http://nethaberci.com/sondakika-guncel-haberleri/pkk-o-silahlari-hantepeye-nasil-tasidi-59040.html> (erişim tarihi: 18.06.2007)

⁹⁵ bkz. <http://gundem.bugun.com.tr/heronlar-gediktepe-yi-fotografamis-107422-haberi.aspx> (erişim tarihi: 18.06.2012)

KAYNAKÇA

- ALDRICH, George H., New Life for the Laws of War, American Journal of International Law, Cilt:75, Sayı:4
- ARAL, Berdal, Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999
- ARMAOĞLU, Fahir, 20.Yüzyıl Siyasi Tarihi, Cilt:I-II(1914-1995), Alkım Yayınevi, İstanbul, 2007
- BADEY, T.J., Defining International Terrorism: A Pragmatic Approach; in Terrorism and Political Violence, 10:1; 1998
- BAL, İhsan, "Terör Nedir? Neden Terörist Olunur?", içinde İhsan Bal, der., Terörizm, USAK Yayınları, Ankara, 2006
- BARNHART, Stephan, New International Terrorism and Political Violence, Trafford Publishing, Bloomington, 2006
- BASSIOUNI, Cherif, International Terrorism; Multilateral Conventions (1937-2001), Transnational Publishers, New York, 2001
- BAŞEREN, Sertaç, Terörizm, Kavramsal Bir Değerlendirme ve Hukuki Mücadele Yaklaşımları, Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi, Sayı:1, 1998
- BEŞE, Ertan, Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002
- CONNABLE, Ben; LIBICK, Martin, How Insurgencies End, Rand Corporation, California, 2010
- ÇANDAR, Cengiz, Dağdan İniş-PKK Nasıl Silah Bırakır? , TESEV, İstanbul, 2011
- DEMİREL, Emin, Dünyada Terör, IQ Kültür-Sanat Yayıncılık, İstanbul, 2003
- DENKER, Sami, Uluslararası Terör, Türkiye ve PKK, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 1997
- FARREL, William R., "Responding to Terrorism: What, Why and When", Readings on International Law from the Naval War College Review, C.68
- FENGCHENG, Yang, Mao'nun İdeolojisi Mao ve Düşünceleri Üzerine Batılı ve Çinli Düşünürlerin Araştırmaları (1940-2007), Kalkedon Yayınları, İstanbul, 2011

- KAYA, İbrahim, Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, USAK Yayınları, Ankara, 2005
- KESKİN, Funda, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve BM, Mülkiyeliler Birliği Yayınları, Ankara, 1998
- KRESHNER, Michela, Special Forces in Unconventional Warfare, Military Review, Cilt:81, No:1, 2001(Ocak, Şubat)
- KWAKWA, Edward, The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application, Martinus Nijhoff Publishers, 1992
- LAQUEUR, Walter, Terrorism, Weidenfeld and Nicolson Books, London, 1978
- ORAN, Baskın, Türk Dış Politikası, I.Cilt, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008
- ORAN, Baskın, Türk Dış Politikası, II. Cilt, İletişim Yayınları, İstanbul, 2006
- ÖCALAN, Abdullah, Sümer Rahip Devletlerinden Halk Cumhuriyetine Doğru Özgün İnsan Savunması- II. Cilt, Mem Yayınları, İstanbul, 2001
- ÖCALAN, Abdullah, Bir Halkı Savunmak, Çetin Yayınları, İstanbul, 2004
- ÖZDAĞ, Ümit, Türkiye, Kuzey Irak ve PKK, ASAM Yayınları, Ankara, 1999
- ÖZDAĞ, Ümit, Türk Ordusunun PKK Operasyonları, Pegasus Yayınları, İstanbul, 2007
- ÖZDAĞ, Ümit, PKK Terörü Neden Bitmedi, Nasıl Biter?, Kripto Kitaplar, Ankara, 2009
- PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008
- PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, 4.Cilt, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000
- PEKMEZCİ, Necdet, APO Pilot ve Derin Devlet, Kripto Kitaplar, Ankara, 2011
- SÖNMEZOĞLU, Faruk, Uluslararası İlişkiler Sözlüğü, Der Yayınları, İstanbul, 2005
- Sun Tzu, Savaş Sanatı, (çev.İbrahim Şener), Mitra Yayınları, İstanbul, 2011
- ŞENOCAK, Hasan Emre, Avrupa Terör Örgütleri ve Ülke Uygulamaları, Platin Yayınları, Ankara, 2006
- TAŞDEMİR, Fatma, İnsan Hakları Hukuku ve İnsancıl Hukuk Açısından Türkiye'nin Ayrılmış Terör Örgütü PKK ile Mücadelesi, Gazi

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Yıl:2012, Sayı:1

TAŞDEMİR, Hakan; MÜDERRİSOĞLU, Ruhsar; TÜLÜCE, Hicran; 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Kurbanlarının Korunmasına İlişkin 1 No'lu Protokol(I.Ek Protokol), Kamu-İş; C:7, S:2/2003

TEZCAN, Durmuş, Saldırgan Savaş ve Devletlerarası Ceza Hukuku, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt:49, Sayı:1-2, Ankara, 1994

TEZER, Özlem, Sınırı Aşmak, Orient Yayınları, Ankara, 2012

TOLUNER, Sevin, Dünyada Yeni Güvenlik Anlayışları, Türkiye'nin Durumu ve İhtiyaçları, Harp Akademileri Basımevi, İstanbul, 2003

TOPAL, Ahmet Hamdi, Uluslararası Hukukta Devlet Destekli Terörizme Karşı Kuvvet Kullanma (neşredilmiş doktora tezi), Ankara, 2004

USAK (Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu), Kuzey Irak Operasyonu Raporu, Ankara, 2007

ÜNAL, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, Kültür Sanat Yayın Kurulu-TBMM, Ankara, 2001

van BRUINSEN, Martin, Kürtlük, Türklük, Alevilik; Etnik ve Dinsel Kimlik Mücadeleleri, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011

WALZER, Michael, Haklı Savaş Haksız Savaş, çev. Mehmet Doğan, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2010

ZAFER, Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, Beta Yayınları, İstanbul, 1998

İNTERNET ERİŞİMLERİ:

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/3-30.pdf> (erişim tarihi: 18.06.2012)

<http://www.belgenet.com/dava/gerekce12.html> (erişim tarihi: 17.06.2012)

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/385-390.pdf>(erişim tarihi:15.06.2012)

http://www.kizilay.org.tr/hukuk/sayfa_yazdir.php?t=-Ulusal.

ve.Uluslararası.Sozlesmeler-CENEVRE.EK.1.PROTOKOL(erişim tarihi: 13.06.2012)

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8322.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8322.pdf> (erişim tarihi 12.06.2012)

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/809.html> (erişim tarihi: 12.06.2012)

<http://www.egm.gov.tr/temuh/terorgrup1.html> (erişim tarihi: 12.06.2012)

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/809.html> (erişim tarihi: 12.06.2012)

http://www.ihd.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=2491:roboski-katliami-raporu-03-ocak-2012&catid=30:ortak-baslamalar&Itemid=80 (erişim tarihi: 18.06.2012)

<http://www.internethaber.com/b--392666h.htm> (erişim tarihi: 18.06.2012)

<http://nethaberci.com/sondakika-guncel-haberleri/pkk-o-silahlari-hantepeye-nasil-tasidi-59040.html> (erişim tarihi: 18.06.2007)

<http://gundem.bugun.com.tr/heronlar-gediktepe-yi-fotografلامis-107422-haberi.aspx> (erişim tarihi: 18.06.2012)

EĞİTİM HAKKI VE ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAMINDA EĞİTİM HİZMETLERİNİN RUHSAT USULÜ İLE ÖZEL KİŞİLERE GÖRDÜRÜLMESİ

Bülent ALGAN*
Müberra ALGAN**

ÖZET

En temel insan haklarından biri olarak kabul edilen eğitim hakkı, devletin olumlu katkısını zorunlu kılan sosyal bir haktır. Anayasada eğitimin bir hak olarak düzenlenmesi ve bu hakkın gerçekleştirilmesi bakımından devlete bir dizi yükümlülük yüklenmesi karşısında devlet, eğitim hizmetinin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek bir takım faaliyetlerde bulunmakla yükümlüdür. Eğitim hakkının tanınması ve yasalarda yer alması bu hakkın kullanımını veya gerçekleşmesini teminat altına almaya yetmemekte, hakkın kullanımını garanti edecek diğer koşulların sağlanması gerekmektedir. Bu da ancak eğitimde fırsat eşitliğini, eğitime erişimin adil olmasını sağlamakla mümkündür. Öte yandan ülkemizde eğitim hizmetlerinin özel kişilerce görülmesi devletten alınacak bir izin ile mümkündür. Bu çalışmada eğitimin hak, özgürlük ve kamu hizmeti boyutlarının ele alınması ve eğitim hizmetlerinin özel kişilerce görülme usulüne ilişkin ilkelerin incelenmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Eğitim hakkı, kamu hizmeti kavramı, eğitim hizmeti, sosyal haklar, 5580 sayılı Kanun.

PURSUANCE OF EDUCATION SERVICE BY PRIVATE ENTREPRENEURSHIP WITH LICENCE IN CONTEXT OF RIGHT TO AND FREEDOM OF EDUCATION

ABSTRACT

The right to education, one of the most fundamental human rights, is considered a social right which requires affirmative action of the state. As the Constitution has formulated education as a human right and the State has been imposed a series of obligations for its enjoyment, the State is obliged to take steps taking into consideration the priorities appropriate with the aims of the education service. Mere recognition and enactment of right to education is not enough for its enjoyment or fulfilment; other conditions guaranteeing it are necessary. And it is only possible when equal opportunity principle and just access to education is assured. In

* Yrd. Doç. Dr., Öğretim Üyesi. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü, Genel Kamu Hukuku ABD. E-posta: algan@ankara.edu.tr

** Doktora Öğrencisi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku ABD. E-posta: muberra.algan@tbmm.gov.tr

addition, pursuance of education service by entrepreneurs is conditioned to consent of the state. This article aims to focus on the different dimensions of education, namely education as a right, as a freedom and as a public service, and the principles related to pursuance of education service by the entrepreneurship.

Keywords: *Right to education, public service, education service, social rights, Law nr. 5580.*

I. GİRİŞ

Bireyin refahı açısından büyük önem arz eden eğitim hakkı, bireyin insan onuruna yaraşır yaşam standartlarına erişmesi ve maddi ve manevi varlığını koruyup geliştirebilmesine hizmet eden en temel haklardan biridir¹. Birey yanında topluma olan olumlu katkısı nedeniyle eğitim hakkı, sosyal devlet bünyesinde bir kamu hizmeti olarak sunulmaktadır². II. Dünya Savaşı sonrasında sosyal devlet anlayışının kurumsallaşmasıyla birlikte, anayasal düzenlemelerle, devletlere eğitim alanında önemli sorumluluklar yüklenmiştir³.

Eğitim hakkı, devlete olumlu edimler yükleyen bir hak olmakla birlikte, devletin saygı göstermesi gereken, negatif edim niteliği ağır basan boyutlar da içerir. Öğrenme hürriyeti, öğretme hürriyeti, her iki hürriyetin kurumsal olarak sunulması, diğer bir ifade ile öğretim kurumu açma serbestliği⁴ ile eğitimde fırsat ve imkân eşitliği bu hakkın kapsamı içinde değerlendirilebilir.

Ülkemizde eğitim ve öğretim, 1982 Anayasası'nın "Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi" başlığını taşıyan 42. maddesinin 3. fıkrası gereği devletin denetimi ve gözetimi altında yapılmaktadır. Bunun yanı sıra aynı maddenin 6. fıkrası uyarınca, özel ve ilk dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenmektedir. Bu hükümler özel öğretim kurumları açılmasının anayasal dayanakları olarak değerlendirilebilir. Anayasa ile güvence altına alınan haklardan olan eğitim hakkının özel kişilerce görülmesi, hizmetin niteliği gereği idarenin denetim ve gözetimi altında mümkün olabilmektedir.

¹ GÖZE, s. 140-141.

² ULUĞ, s. 432.

³ GÜMÜŞ, s. 349.

⁴ ULUĞ, s. 432; KABOĞLU, s. 488; BULUT, s. 191-197; SOYSAL, 249.

Bu çalışmada, bir yandan eğitimin hak ve özgürlük boyutu, diğer yandan da devletin öteden beri yürüttüğü geleneksel kamu hizmetlerinden biri olarak kabul edilen eğitim hizmetlerinin⁵, hizmetin asıl sorumlusu olan idari otorite⁶ tarafından verilen bir izinle, özel kişiler tarafından görülmesi usulü incelenecektir. 4.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Ek 2. maddesi uyarınca vakıflar tarafından, kanunun verdiği izinle yükseköğretim kurumu kurulması usulü, bir başka anlatımla vakıf üniversiteleri açılması ve işletilmesi konusu, bir idari izne dayanmadığından bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Bununla birlikte, yüksek öğrenimin de eğitim hakkının bir parçası olması karşısında, bu çalışma kapsamında ulaşılan bazı sonuçların, vakıf üniversiteleri tarafından eğitim verilmesi konusunda da aynı şekilde geçerli olduğunun söylenmesi mümkündür. Sonuç olarak bu çalışmanın, interdisipliner bir yaklaşımla, konuya Anayasa Hukuku, Genel Kamu Hukuku ve İdare Hukuku bakış açılarından yaklaşmayı, bu yönüyle eğitimin yürütülmesinin farklı boyutlarıyla anlaşılmasını amaçladığı belirtilmelidir.

II. GENEL OLARAK KAMU HİZMETİ KAVRAMI VE GÜNÜMÜZDE BU KAVRAMA YÜKLENEN ANLAM

Devlet, toplumun müşterek ve zorunlu ihtiyaçlarının giderilmesi ve uyumun sağlanması için birçok faaliyet⁷ yürütür. Genel anlamda idari faaliyetin konusunu ise kamu hizmetlerinin yürütülmesi oluşturur⁸. Bu bakımdan “kolluk” ve “özendirme-destekleme” gibi faaliyet türleri de kamu hizmetinin birer türevi olarak değerlendirilir⁹.

Kamu hizmeti, kamu hukukunun ve bu arada idare hukukunun en temel kavramlarından biri olarak kabul edilmektedir¹⁰. Kamu hizmetinin konusunu, toplumun gündelik ihtiyaçlarını karşılamak üzere idarece sunulan edimler¹¹

⁵ GÜNDAY, s. 302.

⁶ Bu otorite ilköğretim ve orta öğretim kurumları için Milli Eğitim Bakanlığıdır.

⁷ Bu faaliyetler doktrinde, genelde, milli güvenliğin korunması, kolluk faaliyetlerinin yürütülmesi, kamu hizmetlerinin yürütülmesi, özendirme ve destekleme faaliyetleri, içdüzen faaliyetleri (özyönetim faaliyetleri), planlama faaliyetleri gibi başlıklar altında ele alınmaktadır. Bkz. GÜNDAY, s. 21-23; ATAY, s. 28.

⁸ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, s. 33. Benzer doğrultuda bkz. ROLLAND, Çev. İbrahim Ali, s. 19; GİRİTLİ, BİLGİN, AKGÜNER, s. 845; Aksi görüş için bkz. DURAN, s. 303.

⁹ ONAR, s. 21; ÖZAY, s. 223; AKYILMAZ, s. 342; GÜLAN, Kamu Hizmeti, s. 15. Kolluk faaliyetlerinin kamu hizmet olarak nitelendirileceği yönünde bkz. KIRATLI, s. 28.

¹⁰ DUGUIT, s.41'den naklen ROUVIÈRE, (Çev. Vecihî Tönük): s. 76; GİRİTLİ/BİLGİN/ AKGÜNER, s. 845.

¹¹ GİRİTLİ/BİLGİN/ AKGÜNER, s. 817.

ve bu edimlerin düzenli, sürekli ve nesnel bir şekilde sunulması için yapılan düzenlemeler oluşturur.

Öteden beri idare hukukunun en tartışmalı¹² kavramı olagelmiş kamu hizmeti kavramının önemi, idare hukukunun çalışma alanını belirleyici¹³ olması yanında, imtiyaz sözleşmeleri gibi diğer hukuki kurumların niteliğini belirlemede kullanılmasından da kaynaklanmaktadır. Sözgelimi, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklardan hangisinin idari yargının görev alanına girdiğini belirlemede kullanılan temel ölçütlerden biri, uyuşmazlık konusunun bir kamu hizmeti faaliyeti olup olmadığına dayanmaktadır¹⁴.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesi idare için bir “ödev”dir¹⁵. Ancak bu ödevin, mutlaka ve bizzat idare eliyle yürütülmesi zorunluluğundan da söz edilemez. İdare, kamu hizmetlerini kendisi bizzat yürütebileceği gibi özel hukuk kişileri eliyle¹⁶ de kamusal hizmetlerin yürütülmesini sağlayabilir. Bununla birlikte, faaliyet özel hukuk kişilerince gerçekleştirilse bile, hizmetin asli sorumlusu idare olarak kalmaya devam eder. Ancak idarenin, bir hizmeti kendi eliyle yürütmediği hallerdeki sorumluluğu daha çok gözetim ve denetim biçiminde somutlaşır.

Yukarıdaki açıklamanın da işaret ettiği gibi, günümüzde kamu hizmetlerinin tanımında organik ölçütün önemini yitirmiş, dolayısıyla kamu hizmetlerinin mutlaka idare tarafından görülmesinin bir zorunluluk olmaktan çıkmış olduğunun kabul edilmesiyle birlikte¹⁷ bazı kamusal hizmetlere ilişkin olarak devletin rolünün bu kamusal hizmetleri yürütmekten çok, faaliyetlerin yürütülmesinde hakemlik yapmak olduğu ifade edilmektedir¹⁸.

¹² Yine de, “*tüm kriz saptamalarına karşın kamu hizmeti idare hukukunun temel kavramı olma özelliğini sürdürmektedir*”. KARAHANOĞULLARI, s. 95, 184.

¹³ ONAR, s. 13.

¹⁴ ULUSOY, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s. 12.

¹⁵ ÖZAY, s. 227.

¹⁶ Kamu hizmetinin yürütülmesi, kamu gücü kullanma gibi ayrıcalıkların tanınmasını gerektirir. Bu nedenle kamu hizmetlerinin kamu tüzel kişilerince yürütülmesi kural, özel kişilerce yürütülmesi ise istisna olarak kabul edilmiştir. ATAY, 2009, s. 585.

¹⁷ GÜNDAY, s. 306.

¹⁸ Bu durum devletin artık piyasada bizzat aktör olan değil; piyasanın kurallarını koyan, denetleyen ve yaptırım uygulayan bir mekanizma şeklinde karşımıza çıkmasına yol açmaktadır. Bu faaliyetlerin bütünü “regülasyon işlevi” olarak tanımlamak mümkündür. GÜLAN, bu kavramı “*belli bir faaliyete ilişkin olarak ‘oyunun kurallarının belirlenmesi’ (düzenleme) ve bu kurallara riayetin sağlanması (denetim) olarak*” tanımlamaktadır. GÜLAN, Regülasyon Kurumları, s. 140. Benzer bir tanıma göre regülasyon: “[B]ir alanı planlama, organizasyon, düzenleme, denetleme, koruma ve yaptırım uygulamayı içeren, dolayısıyla

Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu yaklaşımı benimseyerek, “[k]amu hizmetleri, aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmamakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyusabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülsün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur”¹⁹ ifadeleri ile kamu hizmetinin mutlaka idare tarafından görülmesi şartını aranmayacağını ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesinin bu kararında olduğu gibi çeşitli yargı kararlarında ve öğretide kamu hizmeti kavramı, “toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik faaliyetler” biçiminde, faaliyetin niteliğinden hareketle tanımlanmaktadır.

Öğretide ONAR, kamu hizmetinin geniş anlamda “[d]evlet veya diğer kamu tüzel kişileri tarafından veya bunların gözetim ve denetimleri altında genel ve kolektif gereksinimleri karşılamak ve tatmin etmek, kamu yararını sağlamak için kamuya sunulmuş devamlı ve muntazam faaliyetler”²⁰ ifadeleri ile kamu hizmeti kavramını maddi ölçütten hareketle tanımlamaktadır.

Anayasanın 128. maddesinin “*kamu hizmetinin yalnızca Devlet ve kamu tüzel kişilerinca yerine getirilmesi gerektiği biçiminde bir yoruma*” elverişli olmadığı görüşünde olan Anayasa Mahkemesine göre de, “*nitelik yönünden kamu hizmeti olan bir hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesi onun niteliğine etkili görülemez*”²¹. Aynı ilkeden hareketle, bir hizmetin kamu

bir bütün olarak idarenin ... (kamu hizmeti, kolluk, planlama gibi diğer görevlerini) ... kapsayan melez ancak kendine özgü bir görevdir.” AYANOĞLU, s. 69. ULUSOY’a göre regülasyon “*belli bir alanda belli bir faaliyete ilişkin olarak ‘oyun kurallarının’ belirlenmesi yani o alanın organize edilmesi (düzenleme işlevi) ve bunun kontrol edilmesini (denetim işlevi) içerir.*” ULUSOY, Bağımsız İdari Kurumlar, s. 6. Aynı doğrultuda bkz. GÜNDAY, s. 502; ASLAN, s. 30.

¹⁹ Anayasa Mahkemesinin 12.4.1999 tarih, E: 1990/4 ve K: 1990/6 sayılı Kararı.

²⁰ ONAR, s. 13.

²¹ Anayasa Mahkemesinin 22.12.1994 tarih, E: 1994/70, K: 1994/65-2 sayılı Kararı. Ancak, özellikle sosyal haklarla ilişkili görülen bazı kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle görülmesi eğiliminin ağırlık kazanmasının, her ne kadar o hizmetin kamu hizmeti olma niteliğini etkilemese de, bir başka tartışmayı alevlendirdiği görülmektedir. Bu eğilimin, devletin “sosyal devlet” olma niteliğini törpülediği biçiminde bir yaklaşım yaygın olarak dile getirilmektedir. Sosyal devletin tarihsel gelişim süreci de, bu yargıyı destekleyen ipuçları sunmaktadır. Örneğin sosyal devletin gelişme çağı olarak nitelendirilebilecek olan dönemlerde, kamu

hizmeti olup olmadığı saptanırken “niteliğine bakmak gerekir” görüşünü savunan Anayasa Mahkemesi²², anayasal denetim görevini yerine getirirken düzenlemenin niteliğini esas alan değerlendirmelerini saklı tutmakta ve “etkinliği irdeleyip değerlendirmeden Anayasa kurallarına uygunluğunu ya da aykırılığı saptamanın olanağı” bulunmadığını ifade ederek, Anayasaya uygunluk denetiminin konusu olan bir yasa hükmünün bir faaliyeti kamu hizmeti olarak nitelendirilip nitelenmemesi ile kendini bağlı saymayacağına hükmetmektedir²³. Anayasa Mahkemesi kararlarında, kamu hizmeti kavramını, “toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinlikler” olarak tanımlamaktadır²⁴. Bu tanımdan hareket eden Anayasa Mahkemesi’ne göre, “elektrik üretimi, iletimi ve dağıtım ile ilgili etkinlikler kamu hizmetleridir. Çünkü bu etkinlikler, kamu yararına dönük, toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanmasına yönelik, düzenli ve sürekli etkinliklerdir”²⁵. Mahkeme, başka bazı kararlarında da belirli faaliyet türleri için kamu hizmeti nitelendirilmesini yapmaktadır. Örneğin, “çok önemli bir kamu hizmeti olan sağlık hizmeti²⁶, “eğitim ve öğretim hizmetlerine, devletçe öteki kamu hizmetleri arasında önemli bir ağırlık verilmesi zorunluluğu vardır”²⁷, “Yeminli mali müşavirliklerce yapılacak tasdik işlemi kamu hizmeti niteliğindedir”²⁸, “çağımızda önemli bir kamu hizmeti niteliği kazanan dış ticaretin düzenlenmesi”²⁹, “radyo-televizyon yayını kamu hizmeti(dir)”³⁰.

hizmetlerinde “genişleme” yaşandığı; bu bağlamda sosyal ve ekonomik hakların sağlanması ve sosyal adaletin gerçekleştirilmesi için devletlerin çeşitli ödevler üstlendiği ve aktif olarak kamu hizmetleri sunmayı benimsediği görülür. GÜMÜŞ, s. 280-282. Öyle ki, sosyal devlet ile kamu hizmetleri arasında doğrudan bağlantı olduğu vurgulanmıştır. Bkz. RUHİ, s. 225. Sosyal devletin bu altın çağında kamu hizmetleri ya tümüyle, ya da büyük ölçüde devlet eliyle görülmüştür.

^{Bu} çalışmanın konusu olan eğitim hakkının, sosyal devletin küreselleşme sürecinde geçirdiği dönüşüm de yukarıdaki yaklaşımı destekler görünmektedir. Eğitimin, sosyal devletin gelişmesine paralel olarak “bir kamusal zorunluluk olarak görülmemesi” ve buna bağlı olarak da “bu alandaki hizmetlerin özel kuruluşlarca ve ücretli olarak sunulmasının öngörülmesi” pek çok ülkede genel bir eğilim olarak kendini göstermektedir. Bkz. GÜMÜŞ, s. 545-547; BARRY, s. 76.

²² Anayasa Mahkemesinin 22.12.1994 tarih, E: 1994/70, K: 1994/65-2 sayılı Kararı.

²³ Anayasa Mahkemesinin 9.12.1994 tarih, E: 1994/43, K: 1994/42-2 sayılı Kararı.

²⁴ Anayasa Mahkemesinin 9.12.1994 tarih, E: 1994/43, K: 1994/42-2 sayılı Kararı.

²⁵ Anayasa Mahkemesinin 9.12.1994 tarih ve E: 1994/43, K: 1994/42-2 sayılı Kararı.

²⁶ Anayasa Mahkemesinin 19.4.1988 tarih ve E. 1974/17 K: 1988/8 sayılı Kararı.

²⁷ Anayasa Mahkemesinin 12.4.1990 tarih ve E. 1990/4 K: 1990/6 sayılı Kararı.

²⁸ Anayasa Mahkemesinin 19.3.1987 tarih ve E. 1986/5 K: 1987/7 sayılı Kararı.

²⁹ Anayasa Mahkemesinin 11.1.1985 tarih ve E. 1984/6 K: 1985/1 sayılı Kararı.

³⁰ Anayasa Mahkemesinin 18.5.1985 tarih ve E. 1989/9 K: 1990/8 sayılı Kararı.

Öğretide Yüksek Mahkemenin yukarıda aktarılan tanımı, hangi etkinliğin kamu hizmeti olduğuna kimin karar vermeye yetkili olduğunun belirtilmemiş olması nedeniyle eleştirilmekte³¹ ve niteliği gereği kamu hizmeti olan bir faaliyetin bulunmadığı ifade edilmektedir³². Aynı doğrultuda, niteliği gereği kamu hizmeti sayılacak faaliyet türünü belirlemenin olanaksız olduğu³³, bu nitelemenin hizmeti kuranların iradesine bağlı olduğu, dolayısıyla herhangi bir sosyal faaliyetin her zaman bu irade tarafından kamu hizmetine dönüştürülebileceği yönünde görüşlere de rastlanmaktadır³⁴. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin kamu hizmeti belirleme kıstasına karşı çıkan görüş açısından, kamu hizmetlerinin belirlenmesinde yetkili organın iradesi -ki bu organ yasama organıdır- önem kazanmaktadır.

Bir faaliyet alanının kamu hizmeti olarak belirlenmesi, özel girişimciye yönelik bir sınırlamayı da beraberinde getirir³⁵. Bu sınırlama kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli araç gerecin temini sırasında ortaya çıkabildiği gibi, bireylerin eşit koşullarda sözleşme yapma özgürlüğüne yönelik de olabilir. Sonuç olarak, iktisadi yönü bulunan bir alanın kamu hizmeti olarak kabul edilmesi, bu alanın özel girişimciye kısmen ya da tamamen kapatılmasına yol açacaktır³⁶.

Oysa Anayasanın 48. maddesi herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğunu, özel teşebbüslerin serbestçe kurulacağını genel kural olarak kabul etmiş; çalışma özgürlüğünü, devletin saygı göstermesi gereken bir temel hak olarak düzenlemiştir. İşverenler, kural olarak diledikleri alanda faaliyette bulunabilme ve buna paralel olarak istediği işi ve işyerini seçme özgürlüğüne sahiptirler³⁷. Oysa devletin bir alanı kamu hizmeti olarak düzenlemesi hak ve özgürlükleri sınırlandırmakta, özellikle de çalışma özgürlüğüne sınırlama getirmektedir³⁸. Anayasada yer alan, temel hak ve özgürlüklerin ölçülülük ilkesi çerçevesinde kanunla sınırlanabileceği hükmü karşısında³⁹, iktisadi bir alanın kamu hizmeti olarak belirlenmesine

³¹ ULUSOY, Kamu Hizmeti İncelemeleri, s. 60.

³² ULUSOY, Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının, s. 165.

³³ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 674.

³⁴ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 674-675.

³⁵ DURAN, s. 313.

³⁶ TİRYAKİ, s. 226-227.

³⁷ ALGAN, s. 261.

³⁸ KIRATLI, s. 7.

³⁹ İdare, tüzük ve yönetmelik gibi düzenlemelerle tamamlayıcı ve açıklayıcı hükümler getire-

ilişkin yasal düzenlemenin, anayasanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümleri ile çelişmemesi önem kazanmaktadır.

III. KAMU HİZMETLERİNİN ÖZEL KİŞİLERE GÖRDÜRÜLME USULÜ OLARAK RUHSAT

A. Genel Olarak

Günümüzde, kamu hizmetlerinin devlet ve kamu idareleri tarafından doğrudan kendi personel, para, araç ve gereçleri ile gördürülmesinin yanı sıra, özel kişilere öznel bir ilişki içinde gördürülmesi usulüne sıklıkla yer verilmektedir. Hatta küreselleşme sürecinde, bu eğilimin giderek güçlendiği de söylenebilir. Kamu hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesi usulünün yaygınlaşması karşısında, hiç olmazsa bu hizmetlerin temel hak ve özgürlüklerle ilişkili olanlarının, bu hakları zayıflatmayacak ya da onların içini boşaltmayacak şekilde yürütülmesinin gözetilmesi büyük önem taşımaktadır. Çünkü bu ikinci durumda, hak ve özgürlüklerin korunması kaygısının yerini, kâr elde etme saikinin alması her zaman mümkün olabilecektir. Özel kişilerin bu hizmetleri üstlenmeleri karşılığında kâr beklentileri bir dereceye kadar meşru görülse de, bunun, kamu hizmetini sekteye uğratmaması da en az onun kadar önem taşır.

Anayasa Mahkemesi, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, kamu hizmet ve faaliyetlerinin idare organları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesinin asıl ve olağan olduğu; ancak, bu hizmet ve faaliyetlerden kamu gücüne özgü olmayanlar ile özel yönetim biçimiyle gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların, tüm sorumluluk ilgili idare üzerinde kalmak kaydıyla, idarenin sürekli gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel girişimciler eliyle yürütülebileceği görüşündedir⁴⁰.

Kamu hizmetlerinin özel kişilerce öznel ilişki içinde verilen bir ruhsat çerçevesinde görülmesi, genellikle idareden alınan izinle yürütülen bazı faaliyetler için söz konusu olmaktadır. Öğretide “virtüel kamu hizmeti”⁴¹

bilir. Ancak bu düzenleme, kanunun kapsamını genişletmeye değil somutlaştırmaya yönelik olmalıdır. Bu doğrultuda ayrıntılı bilgi için bkz. BERK, s. 38.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesinin 7.5.2002 tarih, E: 2000/17, K: 2002/46 sayılı Kararı.

⁴¹ TAN, Anayasa Mahkemesi Kararlarında, s. 236. GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 704; Bir görüşe göre, Fransız Danıştay’ının içtihatlarına dayalı olarak geliştirilen “virtüel (sanal)” kamu hizmeti kuramına göre, özel girişimciler tarafından gerçekleştirilen kimi faaliyetlerin, teknik ve dar (organik) anlamda kamu hizmeti olmamakla beraber, kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde taşıyan nitelikte kabul edileceği, bunların üzerinde idarenin yoğun denetiminin bulunduğu ve keza, bunun “kolluk ötesinde bir içerik denetimi halinde cereyan ettiği” belir-

olarak adlandırılan bazı hizmetlerin, idarenin vereceği izinle ve çeşitli yasal ya da idari düzenlemelerde yer alan kamu yükümlülüklerine ve kayıtlara uyulmak koşulu ile özel kişilerce de yürütülebileceği kabul edilmekte; bu hizmetlere örnek olarak sayılan, özel eğitim kurumlarının gördükleri eğitim hizmetleri ile toplu taşımacılık ve özel televizyon hizmetlerinin, nitelikleri gereği veya kamusal alan üzerinde yürütülmeleri dolayısıyla kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi tutuldukları ifade edilmektedir. Bu hizmetler üzerinde idarenin denetimi, kolluk denetimini aşan ve hizmete içten müdahaleye varan bir nitelik kazanmaktadır⁴². Kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesinin kişilere ruhsat ile devredilmesi usulünde idare ile özel kişi arasındaki ilişki, denetim ve gözetim olarak somutlaşır. Özel kişiler bu faaliyeti kamu hizmetlerinin tabi oldukları kurallara göre yürütmek zorundadırlar⁴³. Özel kişiler tarafından yürütülmesine rağmen faaliyet kamu hizmeti niteliğini korumaktadır⁴⁴.

Ruhsat yönteminin, kamu hizmetini gördürme usullerinden olup olamayacağı konusunda görüşler farklılaşmaktadır. Bu farklılaşmada, tartışmanın konusunu oluşturan somut kamu hizmetinin hangisi olduğunun da etkili olduğu söylenebilir. Örneğin, kolluk yetkisinin kullanılma yöntemlerinden olan ruhsatın (izin), kamu hizmetinin özel kesime gördürülmesi yöntemi olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürenler⁴⁵ olduğu gibi, eğitim ve sağlık alanlarında ya da özel televizyon yayıncılığında ruhsat alarak faaliyet gösteren işletmeler örneğinde görüldüğü üzere kamu hizmetinin görülmesi yöntemlerinden biri olduğu şeklinde de değerlendirilmektedir⁴⁶.

ilmektedir. Bkz. TAN, Kamu Hizmeti İmtiyazından, s. 309. Öğretide, virtüel kamu hizmeti yaklaşımını eleştiren görüşler de yok değildir. Bu görüşlerden ilkinde göre, kamu hizmetinin kendiliğinden ortaya çıkmadığı; tam tersine bir otorite tarafından kurgulandığına ve kurulduğuna değinilmekte ve bu teorinin yanlış, hatta giderek tehlikeli olacağı ileri sürülmektedir. Buna göre, niteliği gereği toplumda ortak gereksinimleri karşılayan pek çok özel kişi faaliyeti vardır ve bunların tümünün kamu hizmeti sayılması, idarenin denetimi altına girmelerine neden olacağından, özel teşebbüs hürriyetini kısıtlayıcı olacaktır ve liberal bir devlet düzeninde olanaksızdır. GÖZLER, İdare Hukuku, s. 332. Ayrıca bkz. TİRYAKI, s. 280; ÖZAY, s. 226 vd. Diğer taraftan, öğretilerde virtüel kamu hizmeti görüşüne yönelik bu eleştirel görüş eleştirilmekte ve idarece yapılan denetimin niteliği ya da niceliği bakımından herhangi bir ayırım yapılamayacağından hareketle, idarenin özel sektör eliyle görülen kimi hizmetler üzerindeki denetiminin niteliğine bağlanan bu yargıda isabet bulunmadığı savunulmaktadır. Bkz. ÇAL, s. 24.

⁴² GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 704.

⁴³ BİLGİN, s. 114.

⁴⁴ AZRAK, s. 60.

⁴⁵ KARAHANOGULLARI, s. 318-320.

⁴⁶ GÜNDAY, s. 326; ÖZAY, s. 248, 249; GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 704.

Kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle ve tek yanlı bir işlemle gördürülmelerine ilişkin çeşitli kanunlarda, bu konuda bir kavram birliği olmadığı görülmektedir. Söz konusu mevzuatta ruhsat, lisans, yetkilendirme ve idari izin gibi kavramlara yer verilmekte ve bu kavramlara ilişkin çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Örneğin, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nda "*Lisans: Tüzel kişilere piyasada faaliyet gösterebilmeleri için bu Kanun uyarınca Kurul tarafından verilen izin*"; 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nda "*Genel izin: Bir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için, Bakanlık tarafından işletmecileri belli genel şartlara ve Bakanlık nezdinde kayıt yaptırılmasına tabi olarak yetkilendiren genel düzenleyici işlem*"; "*Telekomünikasyon ruhsatı: İşletmeci tarafından söz konusu telekomünikasyon ruhsatında belirtilen telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesi ve/veya altyapısının işletilmesi için Bakanlık tarafından verilen ruhsat*"; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nda ise "*Yetkilendirme: Elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlanmasını teminen şirketlerin, Kurum nezdinde kayıtlanmasını veya kayıtlanmasıyla birlikte bu şirketlere elektronik haberleşme hizmetlerine özel, belirli hak ve yükümlülükler verilmesi*" şeklinde çeşitli tanımlara rastlanmaktadır. 5580 sayılı Özel Eğitim Kurumları Kanununda ise "kurum açma izni"nin tanımı yapılmamakla birlikte, bir kurumda öğretime başlayabilmek için kurum açma izni alınmasının zorunlu olduğu hükme bağlanmıştır.

Bu hükümler çerçevesinde, kamu hizmetinin özel kişilerce yürütülebilmesi yöntemlerinden olan ruhsat yöntemi, *tekel niteliğinde olmayan bir kamu hizmetinin, idare tarafından verilen izin üzerine özel kişilerce de görülebilmesi* olarak tanımlanmaktadır⁴⁷.

Ruhsat yöntemi, niteliği gereği, özel kişinin talebi de olsa, tek taraflı bir işlemdir; bir başka anlatımla bir sözleşme değildir. Bu bakımdan, idarenin tek yanlı iradesiyle teşekkül eder⁴⁸. Bu özelliği onu, idare ile özel kişi arasında sözleşme yapılması gereken müşterek emanet, iltizam, imtiyaz ya da yap-işlet-devret usullerinden ayırır. Bu nedenle öğretime ruhsat usulünün, idarenin tek yanlı işlemi ile ortaya çıkan bir usul olarak nitelendirildiği görülmektedir.

Ruhsat yöntemindeki tek yanlılık, "yapılmasına izin verme" şeklinde ortaya çıkar. Ruhsat ile kamu hizmeti alanında toplumsal üretimi karşılayacak bir mal ve hizmet üretimi konusunda özel kişilere izin verilmektedir. Diğer

⁴⁷ GÜNDAY, s. 324; AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, s. 463.

⁴⁸ GÖZLER, İdare Hukuku, s. 355; KARAHAOĞULLARI, s. 324; GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 537.

bir deyişle ruhsat usulü, özel kişinin bu hizmet alanında faaliyet gösterme talebine idare tarafından izin verilmesi sonucunu doğurur. Özel kişinin bir talebi olmaksızın idare tarafından bir hizmeti görmekle görevlendirilmesi (yetkilendirilmesi) ise ruhsat usulü değil, istimvâl olarak kabul edilmektedir⁴⁹.

Son olarak, özel okul açmak isteyen girişimcinin talebi üzerine ruhsat verilmesi örneğinde olduğu gibi, ruhsat yöntemini, özellikle de ruhsatın sözleşme usullerinde görülen şartlar listesi içermesi durumunda, sözleşme yöntemlerinden ayırt etmenin zorlaştığına dikkati çekmek gerekir. Uygulamada, zaman zaman ruhsatlara genel şartların ilave edildiğine de şahit olunmaktadır. Bu durumda ruhsat usulü imtiyaz usulüne benzemekle birlikte, imtiyaz usulünden ayrılır. Nitekim ruhsat daima tek taraflı bir işlem, imtiyaz sözleşmesi ise iki taraflı bir işlemdir. İlgilinin talebinin varlığı, işlemin tek taraflı olma özelliğini ortadan kaldırmaz. İzin verme hususunda yetkili olan makam, yasa ile ya da düzenleyici idari işlemlerle belirlenen kamu tüzel kişisidir. Yetkilendirmenin yapılmasında, değiştirilmesinde, kaldırılmasında, içeriğinin belirlenmesinde, hizmeti yürütmeye istekli olan özel hukuk kişinin söz hakkı bulunmamaktadır.

B. Ruhsat Usulüne Başvurmanın Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi

Ruhsat usulünün idare hukukuna ait bir kavram olmasının yanında, temel hak ve özgürlüklerle de yakından ilişkili olduğunun altının çizilmesi gerekir. Bu bağlamda ruhsatın bir yönüyle özgürlüklerin düzenlenmesi yöntemlerinden biri olduğu; ruhsat yöntemi ile kimi özgürlüklerin kullanılmasına müdahalede bulunulduğu açıktır. Bu noktadan hareketle öğretilerde, anayasal ya da yasal düzenlemelerle idare tarafından üstlenilerek kamu hizmetine dönüştürülmemiş olduğu varsayımında, örneğin elektrik enerjisi üretmek isteyen bir girişimcinin, santral kurup piyasaya satış yapmasının mümkün olacağı; bu olasılıkta, özel girişimci tarafından kurulan santralin bir otomobil fabrikası ile ya da bir tamirhane ile bir farkının bulunmayacağı ifade edilmektedir⁵⁰. İdare, söz konusu hizmetin kamu düzeni üzerindeki etkilerini göz önüne alarak, çeşitli ruhsatlar verme yoluyla faaliyetin sunuluş biçimini düzenlemektedir. Bu alanlarda toplumsal gereksinimleri karşılayacak mal ve hizmet üretimini yerine getirecek olan özel hukuk kişileri, tekel hakkı, kamulaştırmadan istifade etme, alım güvencesi, tek yanlı fiyat belirleme yetkisi gibi kamusal ayrıcalıklardan

⁴⁹ KARAHANOĞULLARI, s. 324. İstimvâl kavramı için bkz: GÜNDAY, s. 253.

⁵⁰ KARAHANOĞULLARI, s. 325.

yararlanma hakkı ile donatılmış olmakla birlikte, hizmetin sunulmasındaki usul ve esasların bizzat idare tarafından belirlenmesi, hizmetin ifasında görev alacak kişilerin niteliklerinde neredeyse kamu ajanlarında aranan niteliklerin aranması, fiyat artışı da dâhil olmak üzere hizmetten yaralananlarla olan ilişkilerde özel hukuk sözleşmelerinde yer almayan kayıtlamaların söz konusu olması gibi sınırlamalar ile karşılaşmaktadır.

Diğer taraftan bir hizmetin kamu hizmeti sayılması ve hizmetin yürütümü için ruhsat verilerek bir özel hukuk kişinin yetkilendirilmesi, ruhsatlandırılmamış diğer kişilerin bu alanda faaliyet göstermelerinin yasaklanması anlamına gelecektir ki bu durum başlı başına girişim özgürlüğünün kısıtlanması demektir. Bu nedenle bir idari izinle görülebilen faaliyet alanlarında özel kişinin hürriyeti söz konusu değildir.

Özetlemek gerekirse, ruhsat usulü ile bir yandan ruhsat alanın, diğer yandan üçüncü kişilerin özgürlük alanına ilişkin birtakım sonuçlar doğar. Ruhsat alan, bazı ayrıcalıklardan yararlanmakla birlikte, üstlendiği kamu hizmetinin gerekleri çerçevesinde bazı yükümlülükler ya da sınırlamalar ile de karşı karşıya kalabilir. Üçüncü kişiler ise, ruhsat alamadıkları bu alanda herhangi bir teşebbüs kurma serbestisine sahip olamayacaklardır. Bu bakımdan ruhsat usulü, özellikle girişim özgürlüğü üzerinde sınırlayıcı etkiye sahiptir. Bunun yanında, sözleşme özgürlüğü de ruhsat alan yönünden kamu hizmeti gerekleriyle sınırlanmaktadır. Yine, kâr amacı güdememe, sözleşme özgürlüğüne eğitim kamu hizmeti söz konusu olduğunda getirilen özel bir sınırlama olarak nitelendirilebilir. Bu konu, aşağıda ele alınacaktır.

C. Bir Faaliyetin Yürütülmesinin Ruhsata Bağlanmasının Sonuçları

Bir faaliyetin görülmesinin kamu hizmeti niteliğinde olduğu gerekçesi ile ruhsata bağlanmış olmasının birtakım sonuçları vardır.

İlk olarak, kamu hizmetini ruhsat usulüyle yürüten özel hukuk tüzel kişileri her ne kadar özel hukuka tabi olup; idari, mali ve personel özerkliğine sahip olsalar da, bunları görevlendiren ve hizmetin asıl sorumlusu olan kamu idarelerinin gözetimi ve denetimi altında çalışırlar. Bu nedenle, kamu idarelerinin sorumluluğunun ortadan kalkmadığı⁵¹ ve ruhsat usulü ile gördürülen kamu hizmetinin asli sahibi ve sorumlusu idare olduğu gerekçesiyle, idarenin hizmeti gören özel kişi üzerinde geniş bir gözetim ve

⁵¹ GÖZLER, İdare Hukuku, s. 356.

denetim yetkisini haiz olduğu kabul edilmektedir⁵². Nitekim öğretide, izin vermek suretiyle özel hukuk kişilerinin ifa ettiği hizmet alanlarında, söz konusu faaliyetlerin asıl sahibi ve sorumlusunun idare olması biçimindeki değişmez ilkesinden söz edilmekte ve bu konumu nedeniyle idarenin, hizmetin düzenlenmesinde ve gerekli görülen değişiklikler konusunda görevli ve yetkili olduğu kabul edilmektedir⁵³. Özel teşebbüs bu genel düzenlemelere uygun davrandığı sürece o etkinliği sürdürebilecektir. Aksi halde ruhsatın iptal edilerek o faaliyete süresiz son verilmesi de dâhil olmak üzere, yasal düzenlemelerin öngördüğü tüm idari yaptırımlar doğrudan uygulanabileceği gibi, adli bir cezanın söz konusu olduğu durumlarda bu yola başvurulabilmesi de mümkün olacaktır⁵⁴. İdarenin kamu hizmetinin asıl sahibi olarak hizmetle ilgili gereken düzenlemeleri yapma yetkisi, ruhsat sahibinin de duruma katlanma yükümlülüğü vardır⁵⁵. Özel teşebbüs genel düzenlemelere uygun davrandığı sürece o etkinliği yerine getirebilir.

Kamu hizmetlerinin bedelsizliği ilkesi, ruhsat usulü ile gördürülen kamu hizmetlerinin yürütülmesinde de geçerlidir⁵⁶. Ruhsat usulü ile bir kamu hizmetini gören özel kişinin belli bir kâr elde etmek amacıyla hareket etmesi doğal olmakla birlikte, hizmetten yararlananlardan alacağı ücreti serbestçe belirleme yetkisine sahip değildir. Ücret, idarenin koyduğu ilke ve esaslar dâhilinde belirlenecektir⁵⁷.

Ruhsat usulünün uygulanmasında, talepte bulunanlar açısından nesnelliliğin sağlanması amacıyla ruhsatın şartlarının önceden belirlenmesi, idarenin belirliliği ilkesinin bir geređidir⁵⁸. Bu belirleme kanunla veya diğer düzenleyici idari işlemlerle yapılabilir⁵⁹.

Ruhsat yoluyla bir kamu hizmetinin yürütülmesi işiyle görevlendirilmiş özel hukuk tüzel kişinin malvarlığı, personeli, tek yanlı işlemleri, sözleşmeleri, faaliyetleri ve sorumluluğu kural olarak özel hukuka tabidir ve bunlardan kaynaklanacak uyuşmazlıklar adli yargıda görülür. Bununla birlikte, ruhsat alarak kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişilerinin kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış olduğu durumlarda, özel hukuk tüzel

⁵² GÜNDAY, s. 325.

⁵³ ÖZAY, s. 250.

⁵⁴ ÖZAY, s. 250.

⁵⁵ AKYILMAZ-SEZGİNER-KAYA, s. 464.

⁵⁶ EROL, s. 354.

⁵⁷ GÜNDAY, s. 325.

⁵⁸ EROL, s. 354.

⁵⁹ ATAY, s. 502.

kişilerinin kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılmış tek yanlı işlemlerinin idari işlem olduğu kabul edilmekte ve bunlardan kaynaklanacak uyuşmazlıklar idari yargıda çözülmektedir⁶⁰.

IV. EĞİTİM HİZMETLERİNİN ÖZEL KİŞİLERCE GÖRÜLMESİ

Eğitim, bir insan hakkı olarak bireyler ve toplum için ne kadar önemliyse, siyasal iktidarlar için de çeşitli nedenlerle en az o kadar önemlidir. Eğitimin bireyler için önemi, aşağıda değinilecek olan, bireyin kendini çeşitli yönleriyle geliştirmesi ile ve diğer tüm insan hak ve özgürlükleriyle ilgili olmasındandır. Nitelikli bir eğitimle donatılan bireylerden oluşan bir toplumun da toplumsal yaşamın kalitesi bakımından önemi yadsınamaz.

Ancak eğitimin, devletin varlığı ve sürekliliği bakımından öneminin yaşamsal olduğunu –ya da öyle görüldüğünü- söylemek de yanlış olmayacaktır. Bundan dolayıdır ki eğitim, devletlerin ellerini hiçbir zaman çekmek istemeyecekleri bir alan olarak nitelendirilebilir. Bunun nedeni, eğitim aracılığıyla bireylere ve topluma yön ve biçim verilebilmesi, devletin “insan” unsurunun sürekliliğinin sağlanmasında eğitimin adeta başka bir yöntemle ikame edilemeyecek vazgeçilmezliği. Devletler açısından eğitimin planlanması, yürütülmesi, yönetilmesi, yönlendirilmesi ve denetlenmesi, işgücünün yetiştirilmesi ve planlanmasından, bizzat toplumun inşasına kadar pek çok amaca hizmet edebilir. Hangi –meşru ya da gayrimeşru- amaçla olursa olsun, eğitim söz konusu olduğunda, siyasal iktidarların hep son sözü söyleyen olmaya meyilli olacakları açıktır. Devrimlerden, rejim değişikliklerinden ya da başarıya ulaşan bağımsızlık mücadelelerinden sonra ilk yapılan işlerden birinin eğitim reformu olması, bu söylenenlerin kanıtı olarak değerlendirilebilir⁶¹. Daha genel bir tespitte bulunmak gerekirse, ulus-devletler çağının tümüyle böyle bir pratiğe yöneldiği söylenebilir⁶².

⁶⁰ GÖZLER, İdare Hukuku, s. 356.

⁶¹ Türkiye’de eğitim sistemi söz konusu olduğunda akla ilk gelmesi gereken yasa, Tevhid-i Tedrisat Kanunu’dur. Bu kanun, 3 Mart 1924 tarihinde 430 sayılı kanun olarak kabul edilmişti. Tevhid-i Tedrisat Kanunu’nun, TBMM’de Halifelik kaldırılması ve Osmanlı Hanedanının yurtdışına çıkarılmasına ilişkin 431 sayılı kanun ve Şer’iye ve Evkaf Bakanlıklarının kaldırılmasına ilişkin kanun ile aynı gün görüşülmesi dikkate değerdir. Velidedeoğlu’na göre, bu üç yasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte artık 1924 Anayasası’nın ikinci maddesinin “*Türkiye Devleti’nin dini, dini İslamdır*” hükmünün hiçbir anlamı kalmamıştır; bu üç yasa, laikliğin Türkiye’de fiilen başlangıcı sayılabilir. Daha sonra yapılacak anayasa değişikliği ile bu durum hukuken de teyit edilecektir. Bkz. VELİDEDEOĞLU, s. 422. Bu yasaların kader birlikteliği, eğitimin iktidar nazarında ne denli önemli bir konu olduğunu ortaya koyan güzel bir örnektir.

⁶² Bu konuda bkz. GÖKÇE, s. 85-86; ŞİMŞEK/KÜÇÜK/TOPKAYA, s. 2811-2814. Cumhuri-

İşte bu nedenlerle, hangi faaliyetlerin kamu hizmeti olarak nitelendirileceği sorusu hatıra geldiğinde, eğitim, ilk başta sayılacaklardan biridir. Bu gerçeğin idare hukukuna yansımaları da, eğitimin kamu hizmeti olarak örgütlenmesi ve yürütülmesi olarak somutlaşır. Ancak eğitimin bireyler açısından negatif özgürlükler ve pozitif talep hakları içeren boyutlarıyla kapsamlı bir “insan hakkı” olarak tanınmasıyla, eğitimin, iktidarın elinde bir şekillendirme aracı ya da kimi durumlarda “silahı” olmaktan çıkarılması mümkün olur. Bu durumda, eğitimin içeriğini belirleme ve eğitim faaliyetlerini üstlenme işi yine çok büyük ölçüde devlette kalmakla birlikte, onun, bireylerin tercihleri doğrultusunda bir kimliğe kavuşması hiç olmazsa bir ölçüde mümkün hale gelebilir. Bunun yanında, eğitim hakkının kapsamı içine “eğitim verme” özgürlüğünün de girip girmediğine verilecek yanıt, eğitimin özel kişilerce üstlenilmesinin eğitim kamu hizmetinin yürütülmesi biçimine doğrudan etkide bulunacaktır.

Bu açıklamaların ışığında, Türk hukukunda eğitim hizmetinin, büyük ölçüde emanet usulü ile doğrudan idare tarafından ifa edildiği görülmektedir⁶³. Anayasada eğitimin bir hak olarak düzenlenmesi ve bu hakkın gerçekleştirilmesi bakımından devlete bir dizi pozitif yükümlülük yüklenmesi karşısında devlet, -eğitim hakkına ilişkin bazı hususlarla sınırlı olmak üzere- Anayasanın 65. maddesinde öngörüldüğü gibi, eğitim hizmetinin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek bir takım faaliyetlerde bulunmakla yükümlüdür. Yine pozitif edim yönünün ağır basması nedeniyle, eğitim hakkının salt tanınması bu hakkın kullanımını veya gerçekleşmesini güvence altına almaya yetmemekte; hakkın kullanımını garanti edecek koşulların da sağlanması gerekmektedir. Bu da her şeyden önce eğitimde fırsat eşitliğini, eğitime erişimin adil olmasını sağlamakla mümkündür. Devlet, ister kendisi üstlenmek, isterse özel kişilere eğitim hizmetini gördürmek suretiyle olsun, bu hususları güvence altına almakla yükümlüdür.

Öte yandan ülkemizde eğitim hizmetlerinin özel kişilerce görülmesi, ancak devletten alınacak bir izin ile mümkündür. Çalışmanın devamında da, eğitimin hak ve özgürlük boyutunun ele alınmasının ardından, eğitim hizmetlerinin özel kişilerce görülme usulüne ilişkin ilkeler incelenecektir.

A. Genel Olarak Eğitim Hakkı

En temel insan haklarından biri olarak kabul edilen eğitim hakkı, 1982 Anayasasının 42. maddesinde düzenlenmiştir. Eğitim hakkının temel insan

yet dönemi eğitim politikaları hakkında özet bilgi için bkz. aynı yer, s. 2814-2819.

⁶³ Emanet usulü kavramı için bkz. GÜNDAY, s. 306.

haklarından biri olarak değerlendirilmesi, bu hakkın temsil ettiği toplumsal önem ve pozitif anlamdan kaynaklanmaktadır. Eğitim, yukarıda da açıklandığı gibi her dönemde devletlerin özel desteğini gerektirmiş ve nitelikli insan unsurunun temel kaynağı sayılmıştır⁶⁴.

Eğitim hakkı, devlete pozitif edimler yükleyen karakteri ile ikinci kuşakta yer alan sosyal haklardandır. Bununla birlikte hakkın eğitim özgürlüğü boyutuyla, negatif hak yönünden de söz edilmektedir⁶⁵. Hatta eğitim ve öğrenim hakkının kültürel haklardan kabul edildiği de dile getirilmektedir⁶⁶. Çünkü öğrenim hakkı, bir yönüyle de kimlik hakkının korunmasında, geliştirilmesinde ve bu hakka saygı gösterilmesi konusunda en temel belirleyici ve yön verici unsurdur. Nitekim diğer kültürel hakların ve hatta genel olarak bütün insan haklarının gerçekçi bir şekilde tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi, ancak eğitim ve öğrenim hakkının tanınması ve sağlanması ile mümkün olabilir.

Anayasaya göre “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz” (m. 42). Anayasanın eğitim hakkını düzenleyen bu maddesinin negatif bir ifade tarzını benimsediği görülmektedir. Bu şekliyle madde devlete bireylerin bu haklarından yararlanmalarını engellememe yükümü yüklemiştir. İfadenin tersinden hareketle, Anayasanın 42. maddenin ilk fıkrası ile devlete, mevcut eğitim kurumlarından ve araçlarından herhangi bir ayrıma gitmeksizin herkesi eşit bir biçimde yararlandırma yükümlülüğü getirildiği kabul edilmelidir.

Aynı maddenin 2, 3 ve 4. fıkralarında, eğitim hakkına ilişkin bazı sınırlamalara yer verilmektedir. Buna göre “Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz. Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz”. Devamla 42. maddenin 5 ve 8. fıkralarında eğitim hakkının pozitif niteliğini esas alan ve devletin sorumluluklarını düzenleyen hükümlere yer verilmektedir. Buna göre “İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır. ... Devlet, maddî imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma

⁶⁴ YAŞAR Ek Birinci Protokolünün 2. Maddesine Göre Eğitim Hakkı, s. 8.

⁶⁵ Bkz. ERDOĞAN, s. 169-170.

⁶⁶ KABOĞLU, s. 488; ARAL, s. 423; ÇEÇEN, s. 195.

yararlı kılacak tedbirleri alır.” Eğitim hakkının devlet karşısındaki iki farklı konumuna yer veren bu iki grup düzenlemesi ile 42. madde, “eğitim hakkı” ile “öğrenme-öğretme özgürlüğü ve sınırlarını”, eğitim-öğretim özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlarını düzenlemiş bulunmaktadır⁶⁷.

Toparlamak gerekirse, 42. maddenin, eğitim hakkı konusunda devlete üç farklı pozitif edim yüklediği söylenebilir. Bunlardan birincisi, eğitim ve öğrenim olanaklarının bizzat devlet tarafından bireylere sağlanmasıdır. Eğitim kurumlarının devlet eliyle kurulması ve eğitim hizmetlerinin devlet eliyle yürütülmesi, bu yükümlülüğün bir sonucudur. Devlet okullarında zorunlu parasız ilköğretim ise, 5. fıkrada belirtilen bu birinci yükümlülük türünün en somut görünümüdür. İkinci anayasal yükümlülük, maddi olanaklardan yoksun başarılı öğrencilerin burslar ve başka yollarla desteklenmesidir. Böylece, eğitimde fırsat eşitliğinin sağlanması ve bu haktan kendi başlarına yararlanmak konusunda sorun yaşayabilecek olan hak öznelerine devletin desteği somut bir anayasal yükümlülük olarak devlete yüklenmiş olmaktadır. Üçüncü olarak da devletin, eğitim hizmetinin gereği gibi yürütülmesi konusunda gözetim ve denetim ödevi bulunmaktadır. Gözetim ve denetimin kapsamının, eğitimin anayasada belirtilen ilke ve esaslara uygun yürütülüp yürütülmediğine ilişkin olduğu söylenebilir. Hem doğrudan devlet tarafından, hem de özel kişiler tarafından açılan ve işletilen eğitim kurumları devletin gözetim ve denetim kapsamına girmektedir.

1982 Anayasasının eğitim hakkının düzenlemesinde benimsemiş olduğu sistem, 1961 Anayasasının sisteminden farklıdır. 1961 Anayasası sisteminde eğitim hakkının negatif yönü, bilim ve sanat hürriyetini düzenleyen ve Anayasanın “Kişinin Hakları ve Ödevleri” bölümünde yer alan 21. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkralarında, pozitif yükümlülükler boyutu ise “Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler” bölümünün, “Öğrenimin Sağlanması” başlığı altında 50. maddesinde düzenlenmişken, 1982 Anayasası sisteminde “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi başlığı altında hakkın negatif ve pozitif boyutuna ilişkin devlet yükümlülükleri birlikte düzenlenmiştir⁶⁸.

Belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasasında eğitim hakkının her iki yönüne de sosyal haklar bölümünde yer verilmiş olmasına rağmen, Anayasanın “Devletin İktisadî ve Sosyal Ödevlerinin Sınırları” başlığını taşıyan 65.

⁶⁷ Anılan kavramlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: SOYSAL, s. 245.

⁶⁸ Aynı yönde bkz. BULUT, s. 198.

maddesinde yer alan “devletin sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde” yerine getireceği hükmüyle devlete tanınan takdir yetkisinin, eğitim hakkının yalnızca pozitif yönüne ilişkin olacağı açıktır. Aslında, devletin eğitim hakkına ilişkin pozitif edimlerinin ancak bir kısmı için 65. maddenin ileri sürülebileceğini de belirtmek gerekir. Somutlaştırmak gerekirse, 42. maddede “maddî imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapmak” biçiminde ifade edilen edimin 65. maddenin kapsamına girdiği söylenebilir. Buna göre devlet, burs verilecek öğrenci sayısını, burs miktarını, maddede sözü edilen “başka yolların” neler olacağını ve ne ölçüde sağlanacağını belirlerken öncelikleri ve mali kaynaklarının yeterliliğini dikkate alabilir. Ancak devletin, bu kıstaslara dayanarak “devlet okullarında herkese zorunlu ve parasız ilköğretimi sağlama” ödevinden kaçınabilmesi düşünülemez. Tam tersine bu ödev, zorunlu eğitimden herkesin yararlanabilmesi için başka yan yükümlülükleri de devlete yükler. Örneğin kız çocukların okula gönderilmemesi eğilimi ile aktif mücadele edilmesi bu bağlamda düşünülebilir. Yine 42. maddede belirtilen ilköğretimin zorunlu olmasından hareketle, devlet okullarında ya da özel okullarda olsun, herkesin bir şekilde ilköğretime katılmasını sağlamak devletin bir görevidir⁶⁹.

1961 Anayasası döneminde Soysal’ın eğitim hakkının anayasa sistematikindeki yeri hakkındaki tespitlerinden⁷⁰ hareketle, 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerle ilgili kısmının giriş bölümünde yer alan ve eğitim kavramının tanımı sayılabilecek olan “insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartların hazırlanması”nın anayasal bir devlet ödevi olduğunun düzenlenmesi karşısında, eğitim ve öğretim ihtiyaçlarını sağlamanın devletin “başta gelen” ödevlerinden olduğu söylenebilir. Eğitim hakkı ile anılan hüküm arasında kurulan böylesine güçlü bağ, devlet ödevi olarak eğitim hakkı konusunda anayasanın haklara ilişkin sistematikini de aşan bir sonuç doğurmaktadır. Bu kabul çerçevesinde, devletin sosyal yükümlülüklerinden sorumluluğunu hafifleten 65. madde hükmünden eğitim hakkının etkilenmeyeceği de ileri sürülebilir⁷¹.

⁶⁹ Gerekli eğitim koşullarının oluşturulmasında devletin sorumluluğunun 65. madde ile sınırlı olduğu görüşü için bkz. ULUĞ, s. 433.

⁷⁰ Bkz. SOYSAL, s. 246-248.

⁷¹ SOYSAL, s. 246. Soysal ayrıca, eğitimin, kendisini 1961 Anayasasında sayılan devletin pek çok diğer sosyal ediminden ayıran önemli bir özelliğine vurgu yapmıştır. Buna göre eğitim, “sıradan” bir sosyal ödev değildir; devletin “başta gelen” ödevlerindedir. Devletin, “başta

1961 Anayasasının “Temel Hakların Korunması ve Niteliği” başlığını taşıyan 10. maddesinde yer alan “*insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar*” hükmü ile devlete yüklenen sorumluluğa 1982 Anayasasının “Devletin Temel Amaç ve Görevleri” başlığını taşıyan 5. maddesinin son cümlesinde biraz daha yumuşatılarak “*insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak*” ifadeleri ile yer verilmiştir. Söz konusu ifade farkının, anayasanın sosyal haklara karşı duruşunu göstermeden öte pratik bir öneminin olmadığı kabul edilmesi daha uygun olacaktır; bununla birlikte 1982 Anayasasındaki ifadenin haklara güvence sağlamak bakımından daha zayıf kaldığı da açıktır.

1961 Anayasası'nın eğitim hakkını düzenleyen 50. maddesi, 1982 Anayasasındaki düzenlemeden yukarıda açıklanan sistematik tercih dışında başka farklılıklar da içermektedir. 1982 Anayasasında yer alan “*Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz*” ifadesine karşılık, 1961 Anayasası, “*Halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlama Devletin başta gelen ödevlerindedir*” düzenlemesine yer verilmişti. Bu ifade, tersinden okunduğunda eğitim hakkını işaret etse de aslında devletin bir ödevinden söz etmekteydi⁷². 1961 Anayasasının bu düzenlemesi, hakkı açıkça tanımayıp devletin ödevinden söz etmesi yönüyle eleştirilebilse de, bu ödevin “başta gelen” bir ödev olduğunu vurgulaması önemlidir ve bu yönüyle 1982 Anayasasının düzenlemesinden daha üstündür. 1982 Anayasasının 42. maddesinin ilk cümlesinin ise, daha çok eğitim hakkının negatif boyutlarını öne çıkarmayı yeğleyen bir tarzda düzenleyen ve aşağıda değinilecek olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki eğitim hakkına ilişkin düzenlemeden esinlendiği açıktır.

B. Eğitim Özgürlüğü

Eğitim hakkının niteliğine ve devlete yüklediği pozitif edimlerin neler olduğuna pozitif hukuk çerçevesinde değinilmesinin ardından, özel kişilerce eğitim işinin üstlenilmesinin bu hakkın kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunun da ele alınması uygun olacaktır. Bu soruya olumlu yanıt verilecek olursa, bunun, ikinci bir soru ile tamamlanması

gelen” başka birtakım ödevleri daha vardır ki anayasaların pek çoğu bunlardan söz etmezler. Vatandaşları dış saldırılara karşı korumak, onların can ve mal güvenliğini sağlamak gibi bu ödevler, anayasalarda yazılı olmasalar bile vatandaşlar için hak doğururlar. 1961 Anayasası da, eğitimi “başta gelen ödevler” arasına soktuğuna göre, -mevcut 65. maddenin karşılığı olan- 53. maddenin bu hakkı sınırladığı düşünülemez. SOYSAL, s. 247-248.

⁷² Bu ifadelerin karşılaştırmalı bir değerlendirmesi için bkz. ALGAN, s. 266.

gerekecektir: özel kişilerin eğitim kurumu açmaları bu hak bağlamında değerlendirilebiliyorsa, özel eğitim kurumları kâr amacı güdebilirler mi, ya da kâr elde etmeyi amaçlayan eğitim kurumu kurulması, eğitim özgürlüğü adı altında ileri sürülebilir mi? Birinci sorunun yanıtı aşağıda, ikinci sorunun yanıtı ise takip eden başlıkta ele alınacaktır.

Birinci sorunun, eğitimin devletin pozitif edimlerini gerektiren hak boyutundan daha çok, bireylerin özgürlük alanında kalan ve devletin karışmaması beklenen özgürlük boyutu ile ilgili olduğu belirtilmelidir. Önceliği uluslararası alana vermek gerekirse, eğitim hakkının böyle bir yönünün de olduğuna ilişkin düzenlemelerin olduğu görülür. 20 Kasım 1989 tarihli Genel Kurulda kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin⁷³ 29. maddesinin⁷⁴ 2. fıkrasında yer alan “[b]u maddenin veya 28’inci maddenin hiçbir hükmü gerçek ve tüzel kişilerin öğretim kurumları kurmak ve yönetmek özgürlüğüne, bu maddenin 1 inci fıkrasında belirtilen ilkelere saygı gösterilmesi ve bu kurumlarda yapılan eğitimin devlet tarafından konulmuş olan asgari kurallara uygun olması koşuluyla, aykırı sayılacak biçimde yorumlanmayacaktır” hükmü, eğitim özgürlüğünü güvence altına almakta ve özel kişilerin öğretim kurumları kurmalarının bir “hak” olduğunu ilan etmektedir.

1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin⁷⁵ ise 13. maddesi⁷⁶ eğitim hakkını düzenler. Maddenin konuya ilişkin 3. ve 4. paragrafları aşağıdaki gibidir:

“3. Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, ana-babaların veya -bazı durumlarda- yasal yoldan tayin edilmiş velilerin çocukları için, kamu makamlarınca kurulmuş okulların dışında, Devletin koyduğu ya da onayladığı asgari eğitim standartlarına uygun diğer okulları seçme özgürlüğüne

⁷³ Document A/RES/44/25 (12 December 1989). Türkiye, Sözleşmeyi 4 Nisan 1995’de onaylamıştır.

⁷⁴ Türkiye, 17 ve 30. Maddelerle birlikte bu maddeye de çekince koyarak, bu üç maddeyi T.C. Anayasası ve Lozan Anlaşması hükümlerinin sözü ve ruhuna uygun olarak yorumlayıp uygulayacağını kayıt düşmüştür. Devletlerin sözleşmeye imza-onay durumları ve çekince ve beyanları için bkz. http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en, erişim tarihi: 19.03.2013.

⁷⁵ Türkiye adı geçen sözleşmeyi 15 Ağustos 2000’de imzalamış ve 4867 sayılı uygun bulma kanunu ile 18 Haziran 2003’de onaylamıştır. Bkz. aynı tarih ve 25142 sayılı RG.

⁷⁶ Türkiye, bu maddeye de çekince koymuştur. Çekincede, yukarıda belirtilen 3.ve 4. paragraflarının, Anayasanın 3, 14 ve 42. maddelerindeki hükümler çerçevesinde uygulama hakkının saklı tutulduğu belirtilmiştir. Bu çekincenin bir değerlendirmesi için bkz ALGAN, s. 289-290.

ve çocuklarına kendi inançlarına uygun dinsel ve ahlaki eğitim verme serbestliklerine saygı göstermekle yükümlüdürler:

4. Bu maddenin hiç bir hükmü, bireylerin ve kuruluşların eğitim kurumları kurma ve yönetme özgürlüklerini kısıtlayacak şekilde yorumlanamaz; bu özgürlüğün kullanılması, daima, bu maddenin 1. fıkrasında ortaya konmuş olan ilkelere uyulmasına ve böyle kurumlarda verilen eğitimin Devlet tarafından belirlenebilecek asgari standartlara uygun olması gereğine bağlıdır.”

Bu düzenlemelerin de gösterdiği gibi, eğitim özgürlüğü, bireylere, bir taraftan istediği eğitimi alabilme ve istediği eğitim kurumlarını seçebilme özgürlüğünü tanıırken,⁷⁷ diğer yandan da devletin belirleyeceği kriterlere uymak koşuluyla eğitim kurumları kurma ve yönetme hakkı sağlamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise, özel eğitim kurumları açılmasından eğitim hakkının bir unsuru olarak açıkça söz etmez. Sözleşmenin ana metninde yer almayan, ancak 1 No’lu Protokolün 2. maddesinde düzenlenen eğitim hakkında, kimsenin bu haktan yoksun bırakılmayacağından söz edilmiş; ardından eğitimin dini ve felsefi inançlara saygı temelinde yürütülmesinin üzerinde durulmuştur. Maddeye göre devletler, eğitim ve öğretim alanında yüklenecekleri görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı göstermekle yükümlüdür (madde 2, 2. cümle).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin asıl olarak negatif özgürlük sağlayan kişisel ve siyasal hakları düzenlemeyi tercih etmesi göz önüne alındığında⁷⁸, sosyal ve ekonomik haklardan sayılan eğitim hakkının daha çok

⁷⁷ Sözleşmenin denetim organı olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’ne göre maddenin 3. paragrafı ile ebeveynin, taraf devletlerin belirlediği standartlara ve ilkelere uygun eğitim vermeleri koşuluyla özel okulları seçme özgürlüğü tanınmıştır; bu düzenlemenin takip eden paragraf ile birlikte düşünülmesi gerekir. 13. maddenin 4. paragrafında sözü edilen özel eğitim kurumları kurma ve yönetme hakkından gerçek kişiler söz konusu olduğunda yalnızca yurttaşlar değil, yurttaş olmayanlar da yararlanır. Yine bu paragrafta sözü edilen eğitim kurumu açma özgürlüğü; kreş, üniversite ve yetişkin eğitimi amaçlayan kurumlar da olmak üzere her türlü eğitim kurumunu açabilmeyi kapsamaktadır. Hatta bu özgürlük kullanılırken devletin bir de pozitif edimi bulunmaktadır: devletler, özel eğitim kurumları kurma özgürlüğünün kullanılması ile toplumdaki bazı gruplar için eğitimde fırsat eşitliği konusunda aşırı eşitsizliklere neden olunmasına fırsat vermemekle yükümlüdür. Committee On Economic, Social And Cultural Rights, General Comment No. 13, The Right to Education (Article 13 of the Covenant), E/C.12/1999/10, 8 December 1999, para. 29-30, s. 7.

⁷⁸ Sosyal ve ekonomik haklardan eğitim hakkı dışında yalnızca Sözleşmenin 11. maddesi kapsamında sendika ve tartışılabilir niteliğiyle mülkiyet hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer bulabilmiştir.

devlete negatif edim yükleyen yönleriyle düzenlenmiş olması sürpriz değildir. Maddenin ifade tarzı, devletin pozitif edimlerinden çok “engellememe” biçiminde somutlaşan negatif edimini öne çıkarmaktadır⁷⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre sözleşmede düzenlenmiş şekliyle eğitim hakkı kapsamında korunan şey, bir ülkede belli bir zamanda –aslında önceden açılmış ve şu anda- mevcut olan eğitim olanaklarından ya da eğitim kurumlarından yararlanma hakkıdır. Sözleşmeye taraf devletlerin, bu hakkın kullanılması için gerekli düzenlemeleri yapmak biçiminde bir ödevleri olduğundan söz edilebilir. Mahkeme, Belçika Dil Davası’nda eğitim hakkının düzenleme şeklini yorumlarken, maddenin bu negatif dilinin taraf devletlere masraflarının kendilerinin karşılayacakları ya da sübvansedecekleri bir eğitim hakkını ifade etmediğini belirtmiştir. Bununla birlikte, maddenin eğitim hakkına saygı gösterilmesi konusunda devlete hiç bir pozitif edim yüklediğinin söylenemeyeceğini vurgulayan Mahkeme, ortada bir “hak” olduğu gerçeği karşısında, eğitim hakkının Sözleşmenin 1. maddesi gereğince ülkenin egemenlik alanı içerisindeki herkes için güvence altına alındığını vurgulamıştır⁸⁰. Ancak bu hak, üye devletlere çeşitli şekillerde eğitim ve öğretim kurumları oluşturma ve herkesin bunlardan yararlanmasını sağlama yükümlülüğü yüklemes. Benzer şekilde, özel eğitim kurumları açılması da Sözleşme bağlamında açıkça güvence altına alınmış değildir; ancak özel okulların varlığı halinde eğitim hakkına ilişkin maddedeki güvencelerin özel okullara da uygulanmasının devletin sorumluluğunda olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ortaya konulmuştur⁸¹.

Sonuç olarak, eğitim özgürlüğünün iki boyutu bulunduğu söylenebilir. Kişinin istediği eğitimi alabilmesi ve seçtiği eğitim kurumuna gidebilmesi eğitim özgürlüğünün birinci boyutunu oluşturur. Bu birinci boyut, kişilerin

⁷⁹ TERZİOĞLU, s. 71.

⁸⁰ Case Relating to Certain Aspects of The Laws on the Use of Languages in Education in Belgium v. Belgium (merits), (Application no 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), 23.07.1968, s. 27-28. Kararın İngilizce metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"display":\["0"\],"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["1474/62","1677/62","1691/62","1769/63","1994/63","2126/64"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","COMMITTEE","DECISIONS","COMMUNICATEDCASES","CLIN","ADVISORYOPINIONS","REPORTS","RESOLUTIONS"\],"itemid":\["001-57525"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{), erişim tarihi: 24.03.2013.

⁸¹ Case of Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark (Application no. 5095/71; 5920/72; 5926/72), 7.12.1976. Kararın İngilizce metni için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57509#{"itemid":\["001-57509"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57509#{), erişim tarihi: 7.5.2013.

dini ve felsefi inançlarına uygun eğitim almalarına müdahale edilmemesini de kapsar. İkinci boyut ise, bu çalışmanın da konusunu oluşturan özel eğitim kurumları açabilme özgürlüğüdür. Buna bağlı olarak, eğitimden yararlanmak isteyen kişilerin, devlet okulları ya da özel okullar arasında bir tercih yapma özgürlüklerinden de söz edilebilir.

1982 Anayasası eğitim özgürlüğü konusunda, gerek özel kişilerce ilk ve orta öğretim kurumları açılabilceğini gerek kâr amacı gütmemeleri koşuluyla vakıflarca yükseköğretim kurumları kurulabileceğini öngörmek suretiyle eğitim özgürlüğünün ikinci boyutunu garanti altına almıştır. Eğitim özgürlüğü eğitimin çoğulculuğu ilkesinin temelidir ve anayasal güvence altındadır. Bu ilke ilgililere tercih hakkı sunması bakımından önem taşımaktadır⁸². Ancak özel kurumlarca sağlanacak olan eğitimin, devlet okullarında olduğu gibi, Anayasada sayılan ilkeler doğrultusunda ve devletin denetiminde bulunması bir zorunluluktur⁸³.

Eğitim-öğretim özgürlüğü Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 29. maddesinin 2. fıkrasındaki hükümlerle paralellik arz eden 1982 Anayasasında da bir takım ilkelerle sınırlandırılmıştır. Ancak eğitim-öğretim özgürlüğüne ilişkin sınırların eğitimde çoğulculuğu ve tarafsızlığı sağlamaya hizmet etmesi, söz konusu sınırların diğer hak ve özgürlükleri ihlal etmemesi bakımından önem arz etmektedir⁸⁴. Özellikle eğitim hakkının öznesi olan bireylerin belli bir doktrin çerçevesinde eğitim almaya zorlanmaları, Anayasada güvence altına alınan düşünce, din ve vicdan özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü gibi pek çok hak ve özgürlüğün ihlali anlamına gelecektir. Bu nedenle Anayasada yer alan, eğitim ve öğretim kurumlarında yalnızca eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülebileceğini ve bu faaliyetlerin hiçbir şekilde engellenemeyeceğini düzenleyen hüküm, ancak eğitim özgürlüğünün bu iki boyutunun ve eğitimde çoğulculuğun garantisi olarak yorumlanmalıdır.

Ülkemizde özel eğitim ve öğretim, Anayasanın 42. maddesinin 3. fıkrası uyarınca devletin denetimi ve gözetimi altında yapılmaktadır. Ek olarak, aynı maddenin 6. fıkrasında, özel ve ilk dereceli okulların bağlı olduğu esasların, devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, yasayla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerle özel öğretim kurumlarının varlığı anayasal olarak kabul edilmiş bulunmaktadır⁸⁵.

⁸² KABOĞLU, s. 490.

⁸³ ALGAN, s. 266.

⁸⁴ KABOĞLU, s. 292.

⁸⁵ YAŞAR, Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü, s. 45.

1982 Anayasasının eğitim-öğretim sisteminde ancak kısmi bir çoğulculuğa izin verdiği kabul edilmektedir. Nitekim ilk ve ortaöğretim düzeyinde özel okulların kurulması belli kayıtlarla serbesttir. Öyle ki anayasanın 42. maddesinin 3. fıkrasına göre, her türlü eğitim-öğretim devletin gözetim ve denetimi altında yapılacaktır. Yine aynı fıkra, programı Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda olmayan eğitim-öğretim yerleri açılmasını yasaklamaktadır. Ayrıca son fıkraya göre hiçbir eğitim-öğretim kurumunda öğrencilere Türkçe'den başka bir dil "anadil" olarak okutulamayacaktır. Eğitim öğretimin "Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda çağdaş bilim ve öğretim esaslarına göre" yapılacağına ilişkin amir hükmü, Atatürk döneminin tüm somut politikalarının aynen sürdürülmesi anlamında değil, bütün Atatürk ilke ve inkılâplarının özünü oluşturan çağdaşlaşma idealine bağlılık olarak yorumlanmalıdır. Aksinin kabulünün, eğitimin objektif ve çoğulcu olması gereğine işaret eden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile uyumsuzluk oluşturduğu ifade edilmektedir⁸⁶.

Devletin eğitim hakkına ilişkin olumlu edimlerinden biri, yukarıda da belirtilen gözetim ve denetim ödevidir⁸⁷. Eğitimin zorunlu ve karşılıksız oluşu, devletin denetim yetkisinin kaynağı olarak değerlendirilmektedir⁸⁸. Ancak bu yetkinin gerek eğitim hakkını, gerekse diğer hak ve özgürlükleri ihlal edici tarzda kullanılmaması, hakkın özüne dokunulmaması bakımından önem arz etmektedir⁸⁹. Devletin gözetim ve denetiminin asgari bir seviye ve ciddilik aramaktan öte, verilen eğitimin içeriğini belirlemeye kadar uzanıp uzanmayacağı tartışmalı bir konudur. Öğretide öğrenme ve öğretme salt bir özgürlük olarak kabul edildikten sonra, eğitim ve öğretim üzerindeki denetimin sınırlarını çok sıkılaştırmanın kendi içinde bir tutarsızlık olduğu vurgulanmakta ancak, devletin özel kişilerce görülen eğitim ve öğretime büsbütün seyirci kalması ve yalnız asgari seviye ve ciddilik denetimiyle yetinip eğitim ve öğretimin istenmeyen yönlere çevrilmesine izin vermesi, Anayasasının eğitim ve öğretim özgürlüğüne ilişkin hükümlerinin geniş yorumu olarak nitelendirilmektedir⁹⁰.

C. Kamu Hizmeti Olarak Eğitim

Bireye ve topluma yaptığı olumlu katkısı nedeniyle kamu görevi olarak ele alınan eğitim hakkı, sosyal devlet anlayışı çerçevesinde bir kamu hizmeti

⁸⁶ ERDOĞAN, s. 170.

⁸⁷ ALGAN, s. 265; BULUT, s. 200.

⁸⁸ KABOĞLU, s. 290.

⁸⁹ ALGAN, s. 265.

⁹⁰ SOYSAL, s. 251- 252.

olarak sunulmaktadır⁹¹. Eğitim hakkını gerçekleştirmek üzere devlete yüklenen ödevler, yukarıda açıklanan Anayasanın 42. maddesinde düzenlenmiştir. 42. maddenin 4. fıkrasında yer alan “*ilköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır*” hükmü, eğitim hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğini göstermektedir. Bizzat Anayasa tarafından kamu hizmeti olarak nitelendirilen faaliyetleri, yasama organı kamu hizmeti olarak düzenlemekle yükümlüdür. Öğretimde Anayasanın çeşitli hükümlerinde kamu hizmeti olarak nitelendirilen faaliyetlerin “anayasal kamu hizmetleri olarak nitelendirilebileceği, dolayısıyla bu faaliyetlerin ifasında kamu yararının olduğunun aksi yönünde yasal düzenleme yapılamayacağı belirtilmektedir⁹². Bu görüş çerçevesinde Anayasanın 42. maddesinde düzenlenen eğitim hizmetlerinin, Anayasa gereği kamu hizmeti olduğunda kuşku yoktur.

“İnsanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi” ile eğitim hakkı arasında kavramsal özdeşliği yukarıda değinilen biçimde yorumlayan SOYSAL, başta gelen bir devlet ödevinin kişiler için kazanç konusu yapıp yapılamayacağı sorusuna olumsuz cevap vermekte bir devlet görevinin yerine getirilmesine devletten veya kamu tüzel kişilerinden başka gerçek veya kamu tüzel kişilerinin katılmasının, idarî imtiyazlar dışında ancak gönüllü çalışmalar yoluyla mümkün olabileceğini, eğitim ve öğretim ödevinin yerine getirilmesine yardımcı olacak kişilerin hiçbir şekilde kâr amacı gütmemesi, kuruluşların da “kamu yararına çalışan kuruluş” statüsünü haiz olması gerektiğini kabul etmektedir⁹³. SOYSAL, kâr amacı taşıyan özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine eğitim ve öğretim ödevinin devredilmesinin Anayasanın sistemi ile bağdaşmayacağı görüşündedir. Ancak günümüzde bu görüşün geçerliliğini yitirdiği gözlenmektedir.

Sosyal devletin yaşadığı dönüşüm sürecinden diğer sosyal ve ekonomik haklar kadar olmamakla birlikte, eğitim hakkı da belli ölçüde etkilenmektedir. Nitekim bu süreçte neoliberal düşünce tarafından eğitim bir kamusal sorumluluk olarak görülmemekte ve bu hizmetlerin özel kuruluşlarca sunulması teşvik edilmektedir⁹⁴. Bu anlayışın bir sonucu olarak eğitim alanında özel girişimciler teşvik edilmekte, zorunlu temel eğitim serbest rekabete açılmakta ve bireylere eğitim alacakları kuruluşu özel kuruluşlar arasından seçebilme olanağı sunulmaktadır. Neoliberal düşüncenin, eğitimi

⁹¹ GÜMÜŞ, s. 349.

⁹² GÖZLER, İdare Hukuku Dersleri, s. 527.

⁹³ SOYSAL, s. 248.

⁹⁴ KESKİN, s. 6; s. 545.

bireylerin sorumluluğunda bir yükümlülük olarak değerlendirmesini savunan ve bu hakkın hayata geçirilmesinde zengin ve yoksul kesimler arasında fırsat eşitliğinin sağlanmaya çalışılmasına karşı çıkan bu anlayış, eğitim alanında fırsat eşitliğinin ortadan kalkmasına neden olduğu, eğitim hakkından maddi imkânlarla sahip kişilerin daha iyi koşullarda yararlanması sonucunu doğurduğu, oysa devletin bütün vatandaşlarına temel insan hakkı olan eğitim hakkını sağlamakla yükümlü olduğu öne sürülerek eleştirilmektedir⁹⁵.

Öğretide, özel girişimciler tarafından gerçekleştirilen kimi faaliyetlerin dar (organik) anlamda kamu hizmeti olmamakla beraber, nitelikleri gereği kamu hizmeti oldukları gerekçesiyle bunlar üzerinde idarenin yoğun denetimi bulunduğu ve bu tür hizmetlerin virtüel kamu hizmetleri olarak nitelendirildiği ve niteliği bakımından eğitim hizmetlerinin virtüel kamu hizmetleri kategorisinde değerlendirildiğine yukarıda değinilmişti⁹⁶. İşte, klasik idare hukuku içinde bir kamu hizmeti olarak idare tarafından yerine getirilen ve kamu hizmeti olarak nitelendirilen eğitim hizmeti, bu alanda özel kişilerin de faaliyette bulunmalarının yasaklanmamış olması karşısında, özel kişilerce idareden almış oldukları ruhsat ya da izinlerle görülmekte, özel okulların ifa ettiği bu hizmet de virtüel kamu hizmeti olarak nitelendirilmektedir. Bu görüşteki yazarlardan olan ÖZAY, özel kişilere ait olmalarına rağmen, özel öğretim kurumlarının gerçek anlamıyla bir kamu hizmeti ifa ettiklerini, konusu eğitim kamu hizmeti olan bu faaliyetin virtüel kamu hizmeti kategorisinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir⁹⁷. Hizmetin özel kişilerce, genelde idareden izin alınmak suretiyle görüldüğü bu tür hizmetler⁹⁸ kamu hizmeti olmaya yatkın veya kamu hizmeti olma istidadını bünyesinde barındıran faaliyet niteliği taşıdığından, faaliyeti yürüten özel kişinin idare ile ilişkileri izne dayanmakla beraber, idarenin denetim yetkisinin kolluk yetkisi boyutlarını aştığı ve hizmete müdahale niteliği kazandığı görülmektedir⁹⁹.

Anayasa Mahkemesi de konuya ilişkin kararında¹⁰⁰ ve özel eğitim kurumlarının ruhsat altındaki faaliyetleri üzerinde idarenin kamu hizmetininin

⁹⁵ YILDIZ, s. 30.

⁹⁶ Bkz. dipnot 41.

⁹⁷ ÖZAY, s. 226-227.

⁹⁸ GÖZÜBÜYÜK-TAN, s. 704.

⁹⁹ KARAHANOĞULLARI, s. 318-320; TAN, 1992, s. 309.

¹⁰⁰ Özel eğitim kuruluşlarında zorunlu olarak belirli oranda öğrencinin idare tarafından belirlenmesi ve özel eğitim kurumlarında bedelsiz eğitim görmelerini amir kanun hükmünün Anayasa'ya uygunluğu hakkında Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 12 Nisan, 1990 tarih ve E.1990/4, K.1990/6 sayılı kararı.

asli sorumlusu olduğundan hareketle tek taraflı tasarruflarda bulunma yetkisini haiz olduğunu kabul etmektedir. Yine bu gerekçeyle özel kişilerce yürütülen eğitim hizmetlerinde belli oranda öğrencinin ücretsiz okutulmaları zorunluluğunun getirilmiş olması sosyal devlet politikasının özel sektör eliyle uygulanmasına yönelik dikkat çekici bir örnek olarak değerlendirilmektedir¹⁰¹.

Ruhsat altında ve piyasa koşullarında özel girişimcilerce görülen ve Anayasanın 47. maddesi anlamında nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak değerlendirilen faaliyet alanlarında, idarenin kamu hizmeti ilkelerinin gereklerinin yerine getirilmesi amacıyla bir hâkimiyet alanının olduğu da kabul edilmelidir¹⁰². Bu hâkimiyet, hizmeti yürüten özel kişilerin faaliyetleri üzerinde denetim ve gözetim yetkisi biçiminde belirlemektedir¹⁰³.

Konuya bu açıdan yaklaşıldığında, gerek özel okulların adının başına “TC Milli Eğitim Bakanlığı” ibaresinin eklenmiş olması ve gerekse faaliyet gösterebilecekleri binaların nitelikleri, ders saat ve programları ile okutacakları kitapların hep Milli Eğitim Bakanlığı tarafından belirlenmesi, özel okullar tarafından sunulan eğitim hizmetlerinde devletin müdahalesinin boyutları ve dolayısıyla özel okullar ile kamu idaresi ve otoritesi arasındaki sıkı bağın nedeni hakkında fikir vermektedir.

Kurumların yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmetlerinde, en az dengi resmî öğretim kurumlarına atanabilmek için gerekli nitelik ve şartları taşıyanların atanabilmeleri, bu okulların gördükleri hizmetlerin nitelikleri gereği kamu hizmeti olduğunun bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir¹⁰⁴. Diğer taraftan bu okullarda sürdürülecek faaliyete ilişkin hukuksal bir uyuşmazlık çıktığında, örneğin bir sınavın sonucuna karşı yargı yoluna başvurmak gerektiğinde, bu uyuşmazlık görevli idari yargı yerlerinde Milli Eğitim Bakanlığı aleyhine açılacak bir iptal davası ile çözülmektedir¹⁰⁵. TAN, 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde Danıştay tarafından verilen bir kararda, bir özel okul müdürlüğünün öğrencilerden alınacak öğretim ücretlerinin arttırılmasına ilişkin talebinin reddi üzerine açılan davada, bahse konu hizmetin tipik bir kamu hizmeti olduğunu belirttikten sonra, bu hizmetin özel teşebbüs tarafından yürütülmesinin bu niteliği değiştirmeyeceğini,

¹⁰¹ ÇAL, s. 34.

¹⁰² ÇAL, s.34.

¹⁰³ Böylece, denetim ve gözetim, bir yandan devletin eğitim hakkına ilişkin pozitif bir edimi, diğer yandan da ona üstünlük sağlayan ve münhasıran ona ait bir yetkiyi ifade etmektedir.

¹⁰⁴ YAŞAR, Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü, s. 223.

¹⁰⁵ ÖZAY, s. 227.

Anayasanın özel okulların bağlı bulunduğu esasların devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenleneceğini hükme bağlayan maddesinin bu hususu teyit ettiğini ileri sürmektedir. Danıştay'ın ilgili dairesinin, “*Özel Öğretim Kurumları Kanunu da Anayasamızın sözü edilen maddesi ile öngörülen ... (kurumların) tabi olacağı esasları tayin ve tespit etmek amacıyla ısdar olunmuştur*”¹⁰⁶ kararından hareketle TAN, Danıştay'ın özel öğretimin, kamu hizmeti niteliğini haiz olduğunu kabul ettiği görüşündedir¹⁰⁷.

D. Eğitim Hizmetlerinin Özel Kişilerce Görülmesine İlişkin Esaslar

Anayasa, özel okulları, “eğitim ve öğretimin devlet gözetim ve denetimi altında yapılacağı” genel kuralının dışında tutmamış, “*özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı buldukları esaslar ... kanunla düzenlenir*” hükmü ile, eğitim hizmetlerinin kamu gücünün etkin bir düzeyde kullanılmasını gerektiren işlerden olduğunu kabul ederek, kamusal niteliği haiz özel öğretim kurumlarını ancak kamu yararı ile çelişmeyecek ölçüde serbest bırakmıştır¹⁰⁸. Pozitif hukukumuzda eğitim hizmetlerinin, özel kişiler tarafından görülmesini engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Her şeyden önce Anayasal bir dayanak olarak 42. maddenin 6. fıkrası hükmü, “*Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı bulunduğu esaslar...*”dan söz etmek suretiyle eğitim hizmetlerinin özel okullar eliyle görülebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Diğer taraftan Anayasanın 42. maddesi okul sisteminde kısmi bir çoğulculuğa izin vermiş¹⁰⁹ her türlü eğitim-öğretimi devletin gözetim ve denetimi altında serbest bırakmıştır. Ayrıca Anayasa, programı “Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda” olmayan eğitim ve öğretim yerleri açılmasını yasaklamaktadır. 14.6.1973 tarih ve 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanununun 58. maddesi ise “okul açma yetkisi”ni düzenlerken özel okulların kurulmasına izin verme yetkisinin Millî Eğitim Bakanlığında olduğunu ifade etmektedir¹¹⁰. Buna ek olarak bu okullar Tevhid-i Tedrisat Kanunu gereği ancak Millî Eğitim Bakanlığına bağlı olarak çalışabileceklerdir¹¹¹. Bu hükmün özel okullar

¹⁰⁶ Danıştay 12. Dairenin, 23.10.1967 tarihli ve E: 1967/518, K: 1967/1619 sayılı Kararı.

¹⁰⁷ TAN, Anayasa Mahkemesi Kararlarında, s. 237.

¹⁰⁸ YAŞAR, Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü, s. 212.

¹⁰⁹ ERDOĞAN, s. 170.

¹¹⁰ 16.6.1983 tarihli ve 2842 sayılı Kanunun 16. maddesi ile değişik “*Türkiye’de ilköğretim okulu, lise veya dengi okullar, Millî Eğitim Bakanlığı’nın izni olmaksızın açılmaz*” hükmünün içermektedir.

¹¹¹ 03/03/1340 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun 1. maddesinde “*Türkiye dahilindeki bütün müessesatı ilmiye ve tedrisiye Maarif Vekaletine merbuttur*” hükmü yer almaktadır.

bakımından Bakanlıkla organik bir bağlılık içinde olmaktan öte bir içerik bağlılığını da gerektirip gerektirmediği öğretide tartışılmış ve Anayasanın “anayasaya sadakat” talebinden hareketle bu bağın organik bağlılıktan öte bir anlam taşıdığı kabul edilmiştir¹¹². Öte yandan gerek Anayasa gerek ilgili kanunların resmi ya da özel bütün eğitim kurumlarının “*devletin gözetim ve denetimi altında*” olduğunu ısrarla vurguluyor olması da, bu bağın çok kuvvetli bir bağ olduğunu açıkça ortaya koymaktadır¹¹³.

Anayasa Mahkemesinin özel öğretim kurumlarına belli oranda ücretsiz öğrenci okutmaları zorunluluğu getiren düzenlemeye ilişkin verdiği kararında, kamu hizmetine ve özellikle eğitim kamu hizmetine ilişkin birçok husus değerlendirilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre “*Devlet eğitim kurumları dışında kalan tüm eğitim kurumları, özel eğitim kurumudur. Özel eğitim kurumları Milli Eğitim Bakanlığının gözetim ve denetimi altında faaliyette bulunmaktadır. Bu kurumların devletin görevleri arasında yer alan, vatandaşa eğitim öğretim verme konusundaki işlevi ticari yanına karşın, bir kamu hizmeti sayılmaktadır.*” Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, devletin görevleri ile kamu hizmetleri arasında bağlantı kurmayı bu kararında sürdürmüştür. “*Eğitim öğretim devletin görevleri arasında sayıldığından bir kamu hizmetidir. Bu görevlerin yerine getirilmesinde, devlete bir tekel kurma yükümlülüğü veya hakkı verilmemişse özel teşebbüslerin de faaliyette bulunması mümkündür. Özel kesimin bu işlevi ticari nitelikte olsa bile yerine getirilmeye çalışılan faaliyetin niteliği değişmez ve kamu hizmeti olarak kalmayı sürdürür.*” Anayasa Mahkemesi özel öğretim kurumları tarafından Milli Eğitim Bakanlığı’ndan alınacak “kurum açma izni”nin niteliği hakkında, “*...burada, her ne kadar bir sözleşme yoksa da, giderleri ve riski kendisine ait olmak ve hizmetten yararlananların aldığı ücretle, yatırımları amorti etmek üzere bir kamu hizmeti kurulması ve işletilmesi söz konusudur. O halde, özel okulların yaptığı hizmetin ‘kamu hizmeti imtiyazı’na benzer yönünün daha ağır bastığı ortadadır*” görüşündedir¹¹⁴. Anayasa Mahkemesine göre, “*Devlete ait bu denli önemli bir kamu hizmetinin yürütülmesinde çok az da olsa pay sahibi kılınan özel okulların konumunu bir çeşit ‘kamu hizmeti imtiyazı’na benzetmek mümkündür. Devlet, bir kamu hizmetini, bizzat kendi personeli, araç ve gereciyle yapabileceği gibi, bu hizmeti özel kişilere de yaptırabilir. Ancak bu durum, hizmeti yapmakla yükümlü kılınan kamu kurumunu hizmetten yararlananlara ve üçüncü şahıslara karşı sorumluluktan kurtarmaz.*”

¹¹² YAŞAR, Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü, s. 209.

¹¹³ YAŞAR, Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü, s. 211.

¹¹⁴ Anayasa Mahkemesinin, 12.4.1990 tarih ve E.1990/4, K.1990/6 sayılı Kararı.

Bu sebeple, özel okulları, iç yönetimlerinde ve dış etkinliklerinde, Devlet okullarında olduğu gibi, hizmetin kurallarına uygun ciddiyet ve güvenilir biçimde yürütülmesini sağlamak Devletin görevidir. O halde, bir yanda genel kamu yararını amaçlayan bir kamu hizmeti, öte yandan da yararını düşünen özel kişiler vardır ve işte bu yarar çatışmasının dengelenmesi söz konusudur. Bunu sağlayabilmek için de yürütülecek hizmet üzerinde kamu kurumuna etkin yetki ve sorumluluk tanımak gerekir¹¹⁵. Görüldüğü üzere kararda, özel okulların konumu, kullanılan terminoloji tartışmalı olmakla birlikte, bir çeşit kamu hizmeti imtiyazına benzetilmiştir¹¹⁶.

Anayasa Mahkemesinin sözü edilen kararından çok daha önce, SOYSAL, eğitim hizmetlerinin özel kişilerce yerine getirilmesi konusunu ele almış; bir kamu hizmetinin, imtiyazdan başka bir usulle özel kişiler tarafından yerine getirilmesinin mümkün olamayacağını savunmuştu. Yazara göre, bir devlet görevinin yerine getirilmesine devletten veya kamu tüzel kişilerinden başka gerçek veya tüzel kişilerin katılması, idari imtiyazlar dışında ancak *gönüllü çalışmalar* yoluyla olmalıdır. Bir başka deyişle eğitim ve öğretim hizmetlerinin ifasında yardımcı olacak kişilerin hiçbir şekilde kâr amacı gütmemeleri, kuruluşların da kamu yararına çalışan kuruluş olması gerekmektedir. SOYSAL, kamu yararına çalıştıkları saptanamamış, dolayısıyla kişisel kazanç yollarına sapmalarını önleyecek bir denetime tabi tutulmamış gerçek ve tüzel kişilere eğitim ve öğretim ödevinin devredilmesinin, modern devlet anlayışı ve Anayasanın sistematığı ile bağdaşmayacağı görüşündeydi¹¹⁷.

E. Kamu Hizmetlerine Hâkim Olan İlkelerin Özel Öğretim Kurumlarına Etkileri

Özel okullar tarafından sunulan eğitim hizmetlerinin kamusal niteliğini dikkate alan yasa koyucu, bu niteliğin haiz olduğu öneme paralel kayıtlamalar

¹¹⁵ Anayasa Mahkemesinin 12.4.1990 tarih ve E: 1990/4, K: 1990/6 sayılı Kararı.

¹¹⁶ Öğretide, kararın başında özel okul açmanın idareden alınacak bir izinle olacağını açıkça ifade edilmiş olmasından hareketle, kararda kamu hizmeti imtiyazı teriminin sehvlen kullanmış olabileceği ifade edilmektedir. Nitekim kamu hizmeti imtiyazı, kamu hizmetlerinin özel kişilere bir sözleşmeyle gördürülme yöntemidir. Bu kararda “kamu hizmeti imtiyazı” kavramının kullanılmış olmasının muhtemel bir diğer amacı, Anayasa Mahkemesinin imtiyaz yöntemini, kamu hizmetlerinin özel kişilere, sözleşmeyle gördürülmesinin tek yolu olarak görmesidir. Karardaki “*özel okulların konumunu bir çeşit kamu hizmeti imtiyazına benzetmek mümkündür*” cümlesinin ardından gelen kamu hizmetlerinin yürütülme yöntemlerine ilişkin yapılan “*devlet bir kamu hizmetini, bizzat kendi personeli, araç ve gereciyle yapabileceği gibi, bu hizmeti özel kişilere de yaptırabilir*” saptaması da dikkate alındığında KARAHANOGULLARI bu ihtimalin güçlendiği sonucuna ulaşmaktadır. KARAHANOGULLARI, s. 336.

¹¹⁷ SOYSAL, s. 248.

getirerek özel eğitim kurumlarının tabi olacağı sınırları belirlemiştir. Bu çerçevede her şeyden önce özel öğretim kurumu açmak izne tabi kılınmış ve özel eğitim kurumlarının tabi olacakları esaslar herhangi bir özel teşebbüsün uyması gereken kayıtlamalarla kıyaslandığında oldukça kapsamlı olarak düzenlenmiştir.

Özel öğretim hizmetlerinin verilen bir ruhsat ile özel kişilere gördürülmesine ilişkin usulî şartları incelemeden önce, kamu hizmetlerine hâkim olan genel ilkelerin özel eğitim kurumları üzerindeki etkilerine değinmek uygun olacaktır.

Her şeyden önce tüm kamu hizmetlerinde geçerli olan eşitlik, süreklilik, meccanilik ya da bedelsizlik ilkesi ile uyum ilkesi gibi ilkeler nihayetinde her özel işletmenin yöneldiği kâr elde etme amacıyla kamu hizmeti niteliğinin bağdaştığı ölçüde bu kurumlar için de geçerli olacaktır. Anayasa Mahkemesine göre özel eğitim ve öğretim kurumlarının ticari yanı bulunmaktadır ve kamu hizmeti faaliyeti ile kâr sağlama –kârın makul düzeyde belirlenmesi koşuluyla bağdaşabilir¹¹⁸.

Kamu hizmeti olarak eğitimin düzenlendiği Anayasa'nın 42. maddesinin 4. fıkrasında yer alan “*ilköğretim kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır*” hükmü eğitim kamu hizmetinin devlet okullarında ücretsiz olduğunu açıkça hükme bağlamıştır. Bu hüküm, bir kamu hizmetinin parasızlığını öngören tek anayasal hükümdür¹¹⁹ ve eğitim hakkı söz konusu olduğunda devlete yüklenen en somut edimlerden biridir. Bu hüküm ile aynı zamanda, özel okullarda eğitimin ücrete bağlanabileceği de kabul edilmiş olmaktadır. Anayasa Mahkemesi, özel okullarda hizmetten yararlananlardan talep edilebilecek ücretin kapsamını ortaya koyduğu bir kararında, ücret talep edilmesinin doğal olduğunu vurgulamış; hatta bu ücretin “makul bir kârı” da içerebileceğini savunmuştur:

“Kamusal yönü ağır basmakla beraber, özel öğretim kurumlarının sağlayacakları eğitim olanaklarına, ileriye dönük yatırımlarına, personel ve işletme giderlerine göre tespit edilecek ücret tutarlarının bunlardan

¹¹⁸ Anayasa Mahkemesinin 12.4.1990 tarih ve E: 1990/4, K: 1990/6 sayılı Kararı. Danıştay da kararında, eğitim kamu hizmetleri alanında faaliyet gösteren özel teşebbüslerin ticari nitelik taşıdığını kabul etmiştir. Danıştay 1. Dairesi, 1996/93 Esas ve 02.05.1997 tarihli kararında, özel okul işletmeciliği faaliyetinin, iktisadi işletme niteliği taşıdığından katma değer vergisine tabi olduğuna karar vermiştir. “... eğitim ve öğretim hizmeti yapmak için özel okul işleten vakfın bu faaliyeti, iktisadi işletme niteliği taşıdığından elde edilen okul ücretlerinin, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinin 3. fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır.”

¹¹⁹ KARAHANOĞULLARI, s. 233.

*yararlananlar tarafından makul kârlarıyla birlikte karşılanması doğaldır*¹²⁰. Devamında, Anayasa Mahkemesi, “...giderleri ve riski kendisine ait olmak ve hizmetten yararlananlardan aldığı ücretle, yatırımlarını amorti etmek üzere bir kamu hizmetinin, kurulması ve işletilmesi”nden söz ederek, alınan ücretle özel eğitim kurumuna yapılan yatırımın amorti edilebileceğini de kabul etmiştir. Dolayısıyla, özel öğretim kurumlarının talep edebilecekleri ücret, sağlanan eğitimin nitelik ve kapsamı, personel ve işletme giderleri, yatırım ve amortismanlardan başka, düzeyi doğru tespit edilmiş bir kârı da içerebilecektir. Bu konudaki tek sınır, kârın “fahiş” düzeyde olmamasıdır.

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu, bu konuya ilişkin düzenlemesinde (m. 12/1), eğitim-öğretim faaliyetlerinin sadece kazanç sağlamak için düzenlenemeyeceğini; ancak özel öğretim kurumlarının “*eğitimin kalitesini yükseltmek, gelişmelerine fırsat ve imkân verecek yatırımlar ve hizmetler yapmak üzere*” gelir sağlayabileceklerini kabul etmiştir. Böylece, söz konusu kanun düzenlemesi, Anayasa Mahkemesinin kararına uygun olarak, yasada sayılan amaçlarla hizmetten yararlananlardan ücret alınabileceğini hükme bağlamaktadır. Yasada sözü edilen eğitim kalitesinin yükseltilmesi, eğitim kurumunun gelişmesini sağlayacak yatırımlar ve hizmetler yapılması, ister istemez eğitimin sürdürülmesi için zorunlu harcamalardan daha fazlasının hizmetten yararlananlardan talep edilebilmesini gerekli kılar. İşte bu fazlalığın “makul kâra” karşılık geldiği söylenebilir. Makul kârın tam olarak neye karşılık geldiği net olarak belirlenemese de, yasada ve Anayasa Mahkemesinin kararında belirlenen amaçları karşılamaya yetecek miktarı aşmayacak olan ve her halde serbest piyasa ve rekabet koşullarında sınırsızca belirlenemeyecek olan bir düzeyde kalmalıdır. Örneğin bir özel öğretim kurumunun çok başarılı olması ve çok tercih edilen bir kurum olması, verdiği hizmetin sonuçta bir kamu hizmeti olmasından hareketle, ona, eğitim ücretini yoğun talep nedeniyle istediği düzeyde belirlemek yetkisini vermeyecektir. Yasanın 12. maddesinin özel öğretim kurumlarına sadece kazanç sağlamak için faaliyette bulunmayı yasaklaması, girişim özgürlüğüne kamu hizmeti gerekleri ve kamu yararı gerekçesiyle getirilen bir sınırlama olarak görülebilir.

Ülkemizde, özel öğretim girişimcilerine belli oranlarda¹²¹, yoksul ve başarılı öğrenci okutma zorunluluğu da getirilebilecektir. Bu zorunluluğun

¹²⁰ Anayasa Mahkemesinin 12.4.1990 tarih ve E: 1990/4, K: 1990/6 sayılı Kararı.

¹²¹ Bu oran, 5580 sayılı Kanununun 13. maddesinde en az yüzde 3 olarak belirlenmiş ve idar-eye (Milli Eğitim Bakanlığına) bu oranı yüzde 10 oranına kadar artırma konusunda yetki verilmiştir.

girişim özgürlüğünü kısıtladığı iddiasıyla idari yargıda açılan bir dava sonucunda yapılan Anayasaya aykırılık itirazı Danıştay tarafından ciddiye alınmış ve konu somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. “Anayasamızda başarılı öğrencilerin desteklenmesi işinin bir devlet görevi olarak ele alındığı ve devletin öz kaynakları kullanılarak gerçekleştirilmesi gerektiğinin amaçlandığı açıktır. Sözü edilen maddenin içinde yer aldığı sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler başlıklı bölümün sonunda devletin, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik dengenin korunmasını gözeterek parasal kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceğini belirten 65. maddesi de bu görüşü hiçbir duraksamaya yer vermeyecek ölçüde ortaya koymaktadır. Kamu kurumlarının, yararlananlardan alınan gelir karşılığında yaptıkları bazı görevlerini ayrıcalık sözleşmeleri ile özel hukuk kişilerine aktarmalarına olanak varsa da herhangi bir gelir karşılığı olmaksızın, sırf yardım olarak yapılması gereken toplumsal bir devlet görevinin özel kurum ve kuruluşlara yasal görev olarak aktarılması düşünülemez” gerekçesine dayanan Anayasaya aykırılık itirazı üzerine Mahkeme, birçok kararlarında olduğu gibi muhakemesini Türkiye Cumhuriyeti Devletinin sosyal bir hukuk devleti olduğu ilkesine dayandırmış ve “Anayasanın 42. maddesi, özel okulları, ‘eğitim ve öğretimin Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı’ genel kuralının dışında tutmamış, ‘özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar ... kanunla düzenlenir’ hükmüyle, milli eğitim hizmetlerinin kamu gücünün etkin bir düzeyde kullanılmasını gerektiren işlerden olduğunu belirterek onun kamusal niteliğini korumak istemiş ve özel öğrenim kurumlarını, ancak kamu yararına ters düşmeyecekleri ölçüde serbest bırakmak ve bu çerçevede izin vermek olanağını tanımıştır. Bu itibarla, Anayasa’nın 65. maddesinin Devleti, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde sorumlu tutan kuralına dayanmak suretiyle maddenin ‘sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler’ bölümündeki sistematik konumuna göre, eğitim ve öğretimi ‘zayıflatılmış ve eksik korumalı potansiyel haklar’dan sayarak bu alanın özel teşebbüse tamamen açık olduğunu, faaliyetlerine parasal yönden kayıtlar konulamayacağını savunmak mümkün değildir. Maddî imkânlardan yoksun, başarılı öğrencilere, özel okullarda belli oranda yer ayırma zorunluluğu, nitelikli insan yetiştirme ödevi yanında, Anayasa’nın 5. maddesinin Devlete yüklediği ‘... insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama...’ ödevinin de yasal sonucudur ve demokratik toplum düzenini sosyal yönüyle şekillendiren bir anlayışın gereğidir. Onun için, Devletin bu tutumunu haklara engeller koyan Devlet değil, sosyal devlet ilkesini gerçekleştiren devlet olarak nitelemek

*gerekir*¹²² gerekçesiyle iptal istemini reddetmiştir. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, yüzde ona kadar yükseltilmesi mümkün olan bu oranın özel okullara aşırı bir yük yüklediği kanısındadır.

Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı, öğretilerde savunulmakta olan piyasa kurallarından belirli oranda bağımsız kılınmış alanlar olarak kamu hizmeti kuramı ile örtüşmektedir¹²³. KARAHANOĞULLARI'nın da vurguladığı üzere kararda, Anayasanın öngördüğü sistem uyarınca, eğitim toplumsal ihtiyacının karşılanması için gerek doğrudan kamu örgütlenmesi, gerek özel kişiler tarafından yerine getirilmesinde, kâr amacının yegâne amaç olamayacağı açıkça kabul edilerek, piyasa kurallarından neredeyse tamamen bağımsız kılınan bir kamu hizmeti anlayışı kabul edilmiştir.

1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 50. maddesinin, devlet ödevlerinden hiçbirini için ifade edilmiş olmayan "*Devletin başta gelen ödevlerindedir*" nitelemesi uyarınca eğitim ve öğretim hizmetlerinin devletin en temel görevlerinden olduğunu kabul etmiş devamlı, "*Öğretim ve eğitim Devletin en önemli ödevlerinden sayılınca bu konuda devlete yardımcı olarak özel kesimce açılacak ve işletilecek kurumların kazanç amacı güden kurumlar olmaması zorunlu olarak ortaya çıkar; Devletin başta gelen ve salt iktisadî alan dışında bulunan bir ödevi için yardımcı olmak üzere açılacak ve işletilecek bir kurumun zarardan korunmak düşüncesiyle yetinmeyip kazanç amacı gütmemesi, sosyal Devlet ilkesi ile bağdaştırılmaz ve böyle bir duruma izin veren hiçbir kural, Anayasamızda yer almış değildir. Gerçekten salt iktisadî nitelikte olmayan kamu işlerinin Devletçe ve Devlet kaynaklarıyla ve kazanç amacı güdülmeksizin görülmesi, Anayasa'nın temel ilkelerindedir*"¹²⁴ biçiminde karar vermiştir.

Öğretilerde, bu karardaki içtihadı çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin meccanilik ilkesini, salt ekonomik nitelikte olmayan kamu hizmetleri için Anayasanın temel ilkelerinden biri olarak kabul ettiği ifade edilmektedir¹²⁵. Anayasa Mahkemesinin bu eski kararına göre eğitim hizmetlerinde yararlanıcılardan bir karşılık alınması durumunda bu karşılık kârı içermeyecektir. Yararlanıcılardan alınacak ücret, Mahkemenin deyimiyle

¹²² Anayasa Mahkemesinin 12.4.1990 tarih ve E: 1990/4, K: 1990/6 sayılı Kararı.

¹²³ KARAHANOĞULLARI, s. 233.

¹²⁴ Anayasa Mahkemesinin 12.1.1971 tarih ve E: 1969/31, K: 1971 /3 sayılı Kararı.

¹²⁵ KARAHANOĞULLARI, s. 234.

“zarardan korunmak” amacına uygun olmak zorundadır; kazanç amacı güdülmesi ise devletin niteliklerinden biri olan sosyal devlet ilkesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin iki farklı anayasa döneminde verdiği bu iki karar tartışılabilir. Son değinilen önceki tarihli kararda özel öğretim kurumlarının alacakları ücretin kârı içermeyeceği, sonraki kararında ise belli amaçların gerçekleştirilebilmesine olanak sağlamak için makul düzeyde kalmak koşulu ile ücretin kârı da kapsayabileceği kabul edilmiştir. Aslında Anayasa Mahkemesi, her iki kararında da özel eğitim kurumlarının sadece kazanç sağlamak amacıyla faaliyette bulunamayacağını kabul etmiştir; yalnızca kararlardan birinde özel öğretim kurumlarının özel teşebbüs niteliğine, diğerinde ise eğitimin kamu hizmeti niteliğine bunun asıl olarak devlet tarafından görülmesi gerekliliğine vurgu yapılmıştır.

Sonuç olarak, özel öğretim faaliyetlerine girişenlerin hizmetten yararlanacaklardan belli bir ücret talep edebilmeleri konusunda bir kuşku yoktur. Bu ücretin, kurumu zarara uğratmayacak bir düzeyde tutulması konusunda da tartışma olmadığı söylenebilir. Kazanç sağlama, bu kurumların asli amacı hiçbir zaman olamaz; ancak eğitim-öğretim faaliyetlerinin masraflarının karşılanması dışında eğitimin kalitesinin yükseltilmesi, bu konuda yatırımlar yapılması gibi amaçlarla ücretin bunları da karşılayacak şekilde belirlenmesi mümkün olabilir. Söz konusu ücretin tümüyle piyasa koşullarında ve kazanç amacı güdülerek belirlenmesi ise kesin olarak Anayasaya ve Özel Öğretim Kurumları Kanununa aykırıdır. Yine bu kurumlar, belli oranda öğrenciyi ücretsiz okutmak biçiminde bir zorunlulukla da karşı karşıyadır; bu da eğitimin kamu hizmeti olmasının görünümülerinden biri olarak kabul edilebilir. Ancak yukarıda ortaya konulan ücrete ilişkin politikalar ışığında, özel öğretim kurumlarının, burslu okutulan öğrencilerin masraflarını, “ücret” yoluyla, diğer yararlananlara yansıtacağı da açıktır. Bu durumun, Anayasa Mahkemesinin 1990 tarihli kararında ele alındığı ve Anayasaya aykırı görülmediğini de hatırlatmak gerekir.

F. Eğitim Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesine İlişkin Usul

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununda, öğretim kurumu açabilecek kişiler, açılma şartları ile kurumun nakli, devri, personeli, mali destekler, bu kurumların eğitim-öğretim faaliyetleri, yönetimi, denetimi ve gözetimine ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

1. Kurum Açma İzni

Milli Eğitim Temel Kanununun 58. maddesine göre “Türkiye’de *ilköğretim okulu, lise veya dengi okullar, Milli Eğitim Bakanlığı’nın izni*

olmaksızın açılmaz”. Bunun yanında, yukarıda da açıklandığı gibi, resmi ya da özel bütün eğitim ve öğretim kurumları devletin denetimi ve gözetimi altındadır. 5580 sayılı Kanunun 3. maddesi ile özel öğretim kurumu¹²⁶ açılırken kurum açma izni alınmasının zorunlu olduğu, özel okullara Bakanlıkça, diğer özel öğretim kurumlarına ise valilikçe kurum açma izni verileceği düzenlenmiştir.

Kurum açma izni talebiyle yapılan başvuruya ilişkin düzenlemelerinde 5580 sayılı Kanunun, 625 sayılı mülga Özel Öğretim Kurumları Kanunundan farklı hükümler içerdiği görülmektedir. 625 sayılı Kanunda söz konusu iznin Milli Eğitim Bakanlığı tarafından verileceği hükme bağlandığı halde, 5580 sayılı Kanunda izin başvurularının ilgili milli eğitim müdürlüğüne yapılacağı ve söz konusu başvuruların valiliğin incelemesine tabi tutulacağı; valiliklerce uygun görülen kuruma kurum açma izni vereceği; ancak 5580 sayılı Kanun uyarınca da, özel okul açma izni vermeye tek yetkili makam Milli Eğitim Bakanlığı olduğundan, valiliklerce açılması uygun görülen okullara ilişkin başvuruların, kurum açma izni verilmek üzere Milli Eğitim Bakanlığına gönderileceği düzenlenmiştir. Bu yöndeki bir değişiklik tercihinin, kamu hizmetlerinin görülmesinde, otorite, sorumluluk ve mali kaynakların, yönetimin değişik kademeleri arasında yeniden bölüşümü ifade eden idarî yerleşme yönündeki güncel eğilim ile paralellik gösterdiği açıktır¹²⁷.

İki kanun arasındaki kurum açma izni verilmesine ilişkin bir diğer farklılık olarak, 625 sayılı Kanunun 3. maddesinde yeni açılacak özel öğretim kurumlarının Türk milli eğitiminin ve kalkınma planlarının hedef ve ilkelerine uygun olup olmadığı, branşı, eğitim-öğretim seviyesi ve açılacakları bölgelerin, Milli Eğitim Bakanlığınca kararlaştırılacağı ve buna göre kurum açma izni verileceği düzenlenmişken, 5580 sayılı Kanunda bu yönde bir hükmün yer almaması dikkati çekmektedir. 625 sayılı Kanun çerçevesinde Bakanlığa, açılacak özel okulların branşları, eğitim-öğretim seviyeleri, açılacakları bölgelerin Bakanlıkça kararlaştırılması ve açılmak istenen kurumun, Türk milli eğitiminin ve kalkınma planlarının hedef ve ilkelerine uygunluğu bakımından denetimi yetkisi verilmişti. Kanunun bu hükmü karşısında, Bakanlığın, özel eğitim kurumu açma özgürlüğünün çerçevesini,

¹²⁶ Kanunda geçen terimlerin hangi anlamda kullanıldıklarına ilişkin hükümleri içeren 2. maddede kurum, “Okul öncesi eğitim, ilköğretim, ortaöğretim, özel eğitim okulları ile çeşitli kursları, uzaktan öğretim yapan kuruluşları, dershaneleri, motorlu taşıt sürücülerini kursları, hizmet içi eğitim merkezleri, öğrenci etüt eğitim merkezleri, özel eğitim ve rehabilitasyon merkezleri ile benzeri özel öğretim kurumları” olarak tanımlanmıştır.

¹²⁷ KESKİN, s. 620 vd.

milli eğitim ve kalkınma planlarında öngörülen hedefler ile uyumunu sağlamak amacıyla sınırlayabileceği açıktır. Dolayısıyla 625 sayılı Kanun sistematüğinde açılacak özel eğitim kurumlarının bulunacağı illeri, branşlarını, ilköğretim ya da orta eğitim seviyesinde olup olmayacaklarını piyasa talebi değil, Türk milli eğitiminin ve kalkınma planlarının hedef ve ilkelerine uygun olup olmadığını da dikkate alarak Bakanlık belirleyecektir. Görüldüğü üzere 625 sayılı kanun uyarınca, Milli Eğitim Bakanlığına çerçevesi “*Türk milli eğitiminin ve kalkınma planlarının hedef ve ilkelerine uygun olup olmadığı*” ile çizilebilecek çok geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu şekilde çerçevesi soyut ilkelere dayanan bir takdir yetkisinin, özel eğitim kurumu açmaya ilişkin girişim özgürlüğünün demokratik bir toplum düzeni ile bağdaşmayacak ölçüde sınırlanması sonucunu doğurabileceği açık olmakla birlikte, hüküm özel eğitim hizmetlerinin kamusal boyutunu ortaya koyması bakımından konumuz açısından önemlidir. Böyle bir hükmün 5580 sayılı Kanunda yer almaması, özel eğitim kurumları açılmasının eğitim hizmetlerine olan talep çerçevesinde tamamen piyasa kuralları verilerine göre belirleneceği yönündeki bir politika değişikliğinin göstergesi olarak yorumlanabilir. Ayrıca yeni kanunda “Türk Milli Eğitiminin ve kalkınma planlarının hedef ve ilkelerine uygun olup olmadığı”na dair bir soyut denetim kriterlerine yer verilmemesi, Anayasanın 48. maddesinde güvence altına alınan girişim özgürlüğünün keyfi olarak ihlal edilmemesi bakımından da önemlidir. Bununla birlikte, Anayasada yer alan özel okulların bağlı olduğu esasların, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak düzenleneceği yönündeki âmir hüküm karşısında, 5580 sayılı Kanunun sistematüğinde de, izin verme sırasında eğitim hizmetlerinin niteliğinin gerektirdiği bir denetimin Bakanlığın takdirinde olduğu kabul edilmelidir.

Kurum açma izin talebinin valiliklerce reddedilmesi durumunda 3. maddenin 2. fıkrası uyarınca talepte bulunanlar, taleplerinin reddine ilişkin işlemin tebliğinden itibaren on beş iş günü içinde Bakanlığa itirazda bulunabileceklerdir ve bu itiraz, Bakanlıkça on beş iş günü içinde karara bağlanacaktır. 5580 sayılı Kanun ile idareye yapılacak idari başvurunun süresi özel olarak düzenlendiği için, burada 2577 sayılı İYUK’un 11. maddesinin 1. fıkrası hükmü yerine özel kanun niteliğindeki 5580 Sayılı Kanun uygulanacaktır. Danıştay’ın kararları da bu yöndedir¹²⁸. Bunun yanı sıra, söz konusu hükümde yer alan “itirazda bulunulabilir” ifadesinden bu idari başvuru

¹²⁸ Örneğin, Danıştay 5. Dairesinin 4.10.1990 tarih ve E: 1989/531-K: 1990/1649 sayılı Kararı; Danıştay 7. Dairesinin 1.2.2005 tarih ve E:2002/1706, K:2005/74 sayılı kararı; Danıştay 6. Dairesinin E:1997/1582, K:1998/983 sayılı Kararı; GÖZÜBÜYÜK-TAN, C. 2, s. 1004.

yolunun zorunlu olmadığı sonucu çıkmaktadır ki, bu durumda okul açma izni talep edenlerin, idari başvuru yoluna gitmeksizin valiliğin kurum açma izin talebinin reddi işlemine karşı İYUK'un 7. maddesi uyarınca belirlenen dava açma süresi içinde doğrudan dava yoluna başvurmalarına herhangi bir engel yoktur.

Diğer taraftan 5580 sayılı Kanunun 3. maddesinde özel öğretim kurumu açılabilmesi için Bakanlıkça belirlenen standartlara uygun bir binanın bulunması, açılacak kurumun amaç ve ihtiyaçları için gerekli araç-gerecin binada bulunması, kurumda görevlendirilecek yönetici, öğretmen ve diğer personelin sayı ve nitelikleri yönünden uygun olması ve bu kurumlarda çalışacaklarını belgelendirmeleri, kurumlarda uygulanacak yönetmelik ve öğretim programlarının Bakanlıkça onaylanmış olması gerektiği belirtilmiştir.

2. Özel Eğitim Kurumu Açabilecek Kişiler

5580 sayılı yasanın 1. maddesinin 1. fıkrasında gerçek kişilerin, özel hukuk tüzel kişilerinin, özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişilerin ve yabancıların özel öğretim kurumu açılabilceği öngörülmüştür.

5580 sayılı yasanın 4. maddesinin 1. fıkrasında, 625 sayılı yasanın 7. maddesinde olduğu gibi özel öğretim kurumu açacak gerçek kişiler ya da tüzel kişinin temsilcilerinde aranacak birtakım şartlara yer verilmiştir. Buna göre kurum açacak veya açılmış bir kurumu devralacak olan gerçek kişilerle tüzel kişilerin temsilcilerinin, affa uğramış olsalar bile yüz kızartıcı bir suçtan yahut kastî bir suçtan altı ay veya daha fazla hapis cezası ile mahkûm edilmemiş olmaları gerekmektedir. Bu hüküm ile özel okul sahipleri için, eğitim hizmetinin kamusal niteliğini vurgular biçimde adeta kamu görevlilerinin taşınması gereken şartlara benzer şartlar arandığı görülmektedir.

Özel Eğitim Kurumları Kanunu, özel okulların açılmalarından başlayarak, sevk ve idarelerine, öğretmen ve idarecilerinin atanmasına kadar birçok ayrıntıyı içermektedir. Kanun özel okul öğretmen ve yöneticilerinin özlük hakları ve statülerini belirlemiş ve cezai ve mali hak ve sorumluluklarını hükme bağlamıştır. 5580 sayılı Kanunda, özel eğitim kurumlarında görev yapan öğretmenlerin sosyal güvenlik ve özlük hakları yönünden; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanununa tabi oldukları kabul edilmekle birlikte; yetki, sorumluluk, ödül ve cezalar ile bunların uygulanması bakımından; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olacakları yönünde hüküm sevk edilmesi, bir güvence sağlamakla birlikte, neredeyse kurum öğretmenlerini devletin ajansı statüsünde değerlendirdiği biçiminde yorumlanmalıdır.

3. Özel Öğretim Kurumlarında Eğitim-Öğretim

5580 sayılı yasanın 6 maddesinin 1. fıkrasında, özel öğretim kurumlarında eğitim-öğretimin, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununda ifade edilen Türk milli eğitiminin genel amaç ve temel ilkelerine uygun olarak yürütüleceği hükme bağlanmıştır.

625 sayılı yasanın 26. maddesinde, özel okullarda yönetimin, eğitim-öğretim aynı derecedeki devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak düzenleneceği, özel öğretim kurumlarının, yönetmelikleri ile müfredatlarında gerekli hallerde Milli Eğitim Bakanlığınca değişiklik yapılabileceği ifade edilmişken; 5580 sayılı yasanın 6. maddesinin 2. fıkrasında ise kurumlarda uygulanacak öğretim programı ve haftalık ders çizelgesinin, resmî kurumlarda uygulanan usul ve esaslar çerçevesinde belirleneceği; Bakanlıkça uygun bulunması durumunda farklı öğretim programları ve haftalık ders çizelgesi de uygulanabileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere Milli Eğitim Bakanlığının öğretim programında değişiklik yapma yetkisi, onaylamaya dönüştürülmüştür. Bu yöndeki mevzuat değişikliğinin eğitimde çoğulculuğu sağlama yönünde önemli bir adım olduğu ifade edilmelidir¹²⁹. Ayrıca bu yeni düzenleme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, taraf devletlerin eğitim-öğretim programlarını belirleyip yürütürken belirli bir dinin veya felsefenin dayatılmasını sağlamak amacını güdemeyecekleri ve eğitimin objektif, çoğulcu ve akılcı olmasını sağlamakla yükümlü oldukları yönündeki içtihadıyla da uyumludur.

4. Özel Öğretim Kurumlarının Finansmanı ve Öğrenim Ücretleri

Yukarıda da açıklandığı gibi, 5580 sayılı Kanunun 12. maddesine göre, kurumlar, faaliyetlerini kazanç sağlamak amacına hasredemezler. Ancak, Türk millî eğitiminin amaçları doğrultusunda eğitimin kalitesini yükseltmek, gelişmelerine fırsat ve imkân verecek yatırımlar ve hizmetler yapmak üzere gelir sağlayabilirler. Bu başlık altında, ücretin tespitine ilişkin teknik hususlar ele alınacaktır.

Özel öğretim kurumlarında öğrenim ücretine ilişkin hususlar, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Yasası'nın 13. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, öğrenim ücreti ve diğer ücretler, özel öğretim kurumlarınca her yıl tespit edilerek Ocak ayından itibaren en geç Mayıs ayında ilan edilir.

Ücretlerin tespit, tayin, ilan ve tahsil edilmesine ilişkin esaslar, 11.02.2009 tarih ve 27138 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe

¹²⁹ TAŞKIN, s. 169.

giren, Özel Öğretim Kurumları Öğrenci ve Kursiyer Ücretleri Tespit ve Tahsil Yönetmeliğinde belirtilmiştir. Söz konusu yönetmeliğin “Ücret Tespiti” başlığını taşıyan 5. maddesi hükmü uyarınca, ilköğretim birinci, ortaöğretimin hazırlık, dokuzuncu sınıfları ile diğer özel öğretim kurumlarının öğrenci ve kursiyer ücretlerini; veli veya kursiyerlerle yapacakları özel sözleşmelerinde sağlayacaklarını belirttikleri eğitim ve öğretim imkânlarına, gelişmelerine de imkân verecek yatırım ve hizmetlere ve diğer işletme giderlerine göre tespit ederler. Ayrıca, ilköğretim ve ortaöğretim okulları, ara sınıflarının öğrenci ücretlerini, bir önceki yılda gerçekleşen tüketici fiyat endeksindeki (TÜFE) artış oranını dikkate alarak artırabilir (md. 5/2).

Tüketici fiyat endeksini aşırı derecede aşan ücret artışları yapıldığına ilişkin iddialar üzerine doğan uyuşmazlıkların nasıl çözüleceği konusunda, yasada ya da yönetmelikte bir hüküm yer almamaktadır. Ancak bu konuda doğacak uyuşmazlığın giderilmesi, idarenin okul ücretlerinin belirlenmesi ya da arttırılması konusunda görev ve sorumlulukları bulunduğu için idari yargıdan talep edilebilir. Fakat bunun dışında örneğin ücretin ödenmemesi gibi mali uyuşmazlıklar, özel hukuk ilişkisine dayandığı için adli mahkemelerde görülecektir¹³⁰.

Milli Eğitim Bakanlığınca yapılacak yarışma sınavı ile özel okullara öğrenci seçimi işleminin iptali istemiyle Danıştay’da açılan bir davada Danıştay, öncelikle eğitim hizmetinin sosyal hak boyutunun, anayasal ve yasal dayanaklarını saptamıştır. Buna göre “*Anayasanın 42. maddesinde, maddi olanaktan yoksun başarılı öğrencilerin öğrenimlerine yönelik olarak yer alan kuralın kapsamı ve uygulanma şekli 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ve 2684 sayılı İlköğretim ve Ortaöğretimde Parasız Yatılı veya Burslu Öğrenci Okutma ve Bunlara Yapılacak Sosyal Yardımlara İlişkin Kanunda düzenlenmiştir. 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Yasasının 2. maddesinde, bu kurumların faaliyetlerini sadece kazanç sağlamak amacıyla düzenleyemeyecekleri açıklanmış, 3505 sayılı Yasa ile eklenen 4. maddesinde ise; özel öğretim kurumlarının öğrenci kapasitesinin %2’sinden aşağı düşmemek üzere ücretsiz öğrenci okutmakla yükümlü oldukları, Bakanlığın ücretsiz okutulacak öğrencilerin miktarı, seçimi ve kurumlara kabul şartlarını yönetmelikle düzenleyeceği ve ücretsiz öğrenci miktarını %10’a kadar arttırabileceği öngörülmüştür. Bu maddenin de Anayasanın 42. maddesinin uygulamaya dönüştürülmesine yönelik olduğu açıktır*”. Görüldüğü üzere Danıştay, özel okullarda ücretsiz öğrenci okutma yükümlülüğünün yasal

¹³⁰ YAŞAR, Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü, s. 232.

dayanaklarına da yer vermek suretiyle, özel okullarda burslu öğrenci okutulmasına karşı çıkmamaktadır. Danıştay'ın itiraz ettiği hususlar karardan alıntılarda da görüleceği üzere şu hususlara ilişkin olmuştur: *“anılan madde uyarınca çıkarılan Özel Öğretim Kurumlarında Ücretsiz Okuyacak Öğrenciler Hakkında Yönetmelikte ... bu kurumlarda ücretsiz okuma hakkına sahip olabilmek, kuruma kayıtlı ve öğrenim görüyor olma koşuluna bağlı kılınmıştır. Kurum dışından ücretsiz öğrenci alınmasına ilişkin bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir. 625 sayılı Yasa ve bu yasaya dayanılarak çıkartılan yönetmelikte Devlet okullarındaki öğrencilerin özel okullarda ücretsiz okutulmasına olanak sağlayan bir düzenleme yer almadığı halde, Milli Eğitim Bakanlığı 13.5.2003 tarihli genel düzenleyici işlemi ile sınav yoluyla özel okullarda öğrenci okutmasının hukuka uyarlığı bulunmamaktadır”*. Danıştay'ın kararındaki bu husus eleştiriye açıktır. Nitekim kanunda burs verilecek öğrenciler bakımından kuruma kayıtlı olanlarla olmayanlar arasında bir ayırım yapılmasını gerektiren bir düzenleme yer almadığı gibi Danıştay'ın kanunda yer almayan ve idarenin takdirine bırakıldığının kabul edilmesi gereken bir hususa dayanarak hukuka aykırılığa hükmetmiş olması bir bakıma yerindelik denetimi yaptığı biçimde değerlendirilmelidir.

Danıştay, gelir düzeyi düşük olan ailelerin çocuklarından başarılı olanların özel okullara yerleştirilmesi amacıyla seçme sınavı yapılmasına ilişkin düzenleyici işlemin, yasal dayanağı olmaksızın özel öğretim kurumlarına genel bütçeden kaynak aktarılması niteliğinde olduğu, gerek hukuka ve gerekse eğitim hizmetinin eşit yürütümü ilkesi yönünden kamu yararına aykırılık oluşturduğu gerekçesi ile anılan düzenleyici işlemin yürütmesini durdurmuştur. Danıştay kararının gerekçesinde, *“Devlet okullarında temel olan ücretsiz eğitim hizmetinin özel okullara yönelik yaygınlaştırılması, özel okulların var oluş nedenlerini geçersiz kılabilir. Özel okulların kurulmasının amaçlarından biri, eğitim hizmetinden yararlananların öğretim giderlerini üstlenip, Devlet harcamalarını azaltmak olduğunda kuşku yoktur. Gerek özel okullara kaynak aktarımı, gerekse eğitim sisteminde oluşan durum ve harcama kaleminde yeni girdilerin, yasal bir dayanağı olmadan idari işlemlerle düzenlenebilmesine hukuken olanak bulunmamaktadır”* görüşlerine yer vermiştir¹³¹.

5580 sayılı yasanın 13. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kurumlar, öğretim gören öğrenci sayısının yüzde üçünden az olmamak üzere ücretsiz öğrenci okutmakla yükümlüdür. Belirtilen bu oran Milli Eğitim Bakanlığı'na yüzde

¹³¹ Danıştay 8. Dairesinin 03.09.2003 Tarih, E: 2003/ 3793, K: 2003/ 3793 sayılı Kararı.

ona kadar arttırılabilir. Kurumlar ayrıca, öğrenim bursu verebilirler. Ücretsiz okutulacak öğrencilerin yüzdesi, seçimi ve kurumlara kabul şartları ve ayrıca öğrenim bursu verilmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

5. Özel Öğretim Kurumlarının Denetimi

Anayasanın 42 maddesinin 3. fıkrası gereğince, özel öğretim kurumları idarenin denetimine tâbidir. 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 11. maddesinde de, Anayasadaki bu hükme paralel olarak özel öğretim kurumlarının ve bu kurumlarda görevli personelin, Milli Eğitim Bakanlığının denetimi ve gözetimi altında olduğu belirtilmiştir.

Yukarıda anılan hükümlerden ayrı olarak, idarenin izin/ruhsat verdiği tüm alanlarda, bu ruhsatın verilmesiyle ilgili olarak bir sorumluluğunun olduğu da ileri sürülebilir¹³². Zira idare ruhsat vermeden önce, talepte bulunan girişimcinin ilgili faaliyet alanında aranan özellikleri taşıyıp taşımadığı yönünde gerekli araştırmaları yapmak ve uygun görmesi halinde talebi olumlu yanıtlayarak ruhsatı vermek durumundadır. Ayrıca, verilmiş bulunan ruhsat geçerliğini koruduğu sürece, özel kişi tarafından yürütülen hizmetin ruhsat koşullarına uygun yürütülmesini denetlemekle de görevlidir. Bu ilkeler, eğitim hizmetlerinin gördürülmesi amacıyla verilen ruhsatlar için de aynı şekilde geçerlidir. Bu itibarla idarenin eğitim hizmetlerinin gördürülmesi amacıyla verdiği ruhsat dolayısıyla da sorumluluğunun doğacağı yaklaşımı kabul edilmelidir. Bununla birlikte bugüne kadar, özel eğitim kurumlarındaki eğitimin düşük kalitede sunulması nedeniyle, idarenin hizmetin gereği gibi sunulmamasından dolayı tazmin kararlarına maruz kalması yönünde bir uygulama gündeme gelmemiştir¹³³.

Özel eğitim kurumları üzerinde Anayasadan başlayarak birçok hukuki metinde aynı kararlılıkla vurgulanan bu denetimin basit bir gözlemlene ve standardizasyon mahiyetinde olmadığı kabul edilmektedir¹³⁴. Gerçekten de, idarenin sorumluluğuna yol açabilecek olmasından hareketle, idarenin bu konudaki denetim yetkisinin kapsamı oldukça geniş belirlenmiştir. Özel eğitim kurumları üzerindeki idarî denetim, ifa edilen hizmetin kamu hizmeti niteliğinden hareketle, kamu gücünün açık kullanımını gösteren, münhasır

¹³² GİRİTLİ-BİLGEN-AKGÜNER; s. 847.

¹³³ ÇAL, çarpıcı bir örnekle konuyu somutlaştırmakta, Anadolu'nun bir ilçesine atanmış bir yabancı dil öğretmenin yetersizliğinden dolayı yabancı dil bilgisini yeterince geliştiremeyen bir öğrencinin, idareye karşı dava açmış olmasının karşılaşılmış bir uygulama olmadığını ifade etmektedir. ÇAL, s. 51.

¹³⁴ YAŞAR, Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü, s. 230.

kolluk denetimini aşan ve içerik denetimi biçiminde somutlaşan, bir diğer ifade ile uyulması gereken tüm hususları kapsayan, borçlar yükleyen, personelin atanmasında aranacak niteliklerin dahi idare tarafından belirlendiği, “organik benzeri ve hiyerarşiye yaklaşan bir yetki” biçiminde karşımıza çıkmaktadır¹³⁵.

Özel eğitim kurumları üzerinde idarî denetim, biçimsel denetim ve içerik denetimi biçiminde belirmektedir. Buna göre, biçimsel denetim, özel okul binalarının denetimini, özel okulların araç gereçleri üzerinde denetimi, kurumların öğretim programları, eğitim personeli ve yönetici personelinin denetimini ve özel okul personelinin çalışma koşullarının denetimini kapsamaktadır. Özel öğretim kurumlarında okutulacak kitaplar konusunda, 625 sayılı yasanın 29. maddesinde belirtilen devlet tekeli 5580 sayılı yasa ile kaldırılmıştır. Gerek 5580 sayılı yasada, gerekse bu yasaya dayanılarak çıkarılan yönetmelikte ders kitaplarıyla ilgili bir düzenleme yer almamaktadır. Özel okulların öğretim programları ve haftalık ders çizelgesi ise 5580 sayılı yasanın 6. maddesinin 2. fıkrası uyarınca resmi kurumlarda uygulanan usul ve esaslar çerçevesinde belirlenir. Bakanlıkça uygun bulunması durumunda farklı öğretim programları ve haftalık ders çizelgesi de uygulanabilir. Eğitim personeli ve yönetici personelin denetimi ise, yönetmeliğin 61. maddesi uyarınca Bakanlık ve ilköğretim müfettişleri ile diğer denetim yetkisi bulunanlarca yapılacaktır. Ayrıca, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununun 11. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, idarî denetimde, kurumun özel yönetimi de dikkate alınacaktır.

6. Özel Eğitim Kurumlarının İşlemlerinin Yargısal Denetimi

Okul ile öğrenci arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların, gerek doktrin gerek yargı organlarınca, özel okul faaliyetlerinin “*kamu yararının, umumi menfaatin ihtiyaçlarını karşılamak üzere icra edilen faaliyetler*” olarak değerlendirilmeleri¹³⁶ karşısında, resmi kurumların tabi oldukları denetim kurallarına tabi olacaklarının kabulü gerekir. Kamu hizmeti niteliğinden hareketle kolluk denetiminden öte, bir içerik denetimine tabi tutulan bu okullarda sürdürülecek faaliyete ilişkin bir uyuşmazlık çıktığında, bu uyuşmazlığın idari yargı içinde karara bağlanması gerektiği öğretide ve yargı kararlarında kabul edilmektedir. Bu görüşe uygun olarak, Danıştay, bir özel lisenin, bir öğrencinin başarı sağlayamadığı derslerinden bütünleme sınavına kabul edilmeyerek sınıfta kalmış sayılacağına dair işlemin iptali istemini

¹³⁵ ÖZAY, s. 226-227.

¹³⁶ ÖZAY, s. 226 vd; Danıştay 12. Dairesinin, E: 1966/3 ve K: 1966/854 sayılı Kararı.

görüşerek karara bağlamıştır¹³⁷. Yine Danıştay, öğrencilere ilişkin disiplin cezalarına karşı açılacak davalarda husumetin Milli Eğitim Bakanlığına yöneltilmesi gerektiği görüşündedir¹³⁸.

V. SONUÇ

Temel haklar ve özgürlükler, bireye pozitif ve negatif özgürlük sağlamanın yanında, devlete de pozitif ve negatif yükümlülükler yükler ve bu yükümlülükler, idari yapı içerisinde belli örgütlenmeleri gerekli kılabilir. Bazı kamu hizmetlerinin kurulma ve yürütülmesinin ardında da temel hak ve özgürlüklerin ve bunlara ilişkin yükümlülüklerin bulunması son derece doğaldır. İşte, bir yandan eğitim hakkı, diğer yandan da eğitim ve öğrenim özgürlüğü, bu tür kurumlaşmaları doğal, hatta gerekli kılar. Anayasanın 42. maddesinde eğitimin hem hak, hem özgürlük, hem de bir kamu hizmeti olarak düzenlenmesi, bu iç içe geçmişliğin somut bir görünümü olarak değerlendirilebilir. Bu anayasal tercih aynı zamanda, bu çalışmada izlenen yöntemin isabetliliğini de ortaya koymaktadır.

Ülkemizde eğitim ve öğretim, 1982 Anayasası'nın "Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi" başlığını taşıyan 42. maddesinin 3. fıkrası uyarınca devletin denetimi ve gözetimi altında yapılmaktadır. Ek olarak, aynı maddenin 6. fıkrasında, özel ve ilk dereceli okulların bağlı olduğu esasların, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, yasayla düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Bu hükümlerle özel öğretim kurumlarının varlığı anayasal olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Öğretide ve yargı kararlarında, özel okullar tarafından sunulan eğitim hizmetlerinin, kamu hizmeti niteliğinde oldukları kabul edilmektedir.

Özel okullar tarafından sunulan eğitim hizmetlerinin kamusal niteliğini dikkate alan yasa koyucu, bu niteliğin haiz olduğu öneme paralel kayıtlamalar getirerek özel eğitim kurumlarının tabi olacakları sınırları belirlemiştir. Bu çerçevede her şeyden önce, özel öğretim kurumu açmak izne tabi kılınmış ve özel eğitim kurumlarının tabi olacakları esaslar herhangi bir özel teşebbüsün uyması gereken kayıtlamalardan oldukça kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Böylece, eğitimin bir kamu hizmeti olma özelliğine öncelik verilerek, bu alanın tümüyle piyasa koşullarına ve girişimcinin tercihlerine bırakılması önlenmek istenmiştir. Bu tercihin bir nedeni eğitim kamu hizmetinin gerek

¹³⁷ Danıştay 12. Dairesinin, E: 1966/3 ve K: 1966/854 sayılı Kararı.

¹³⁸ Danıştay 12. Dairesinin, E: 1966/1071 ve K: 1966/2023sayılı Kararı.

devlet okullarında, gerek özel öğretim kurumlarında eşgüdümle yürütülmesi ise, bir diğer nedeni de eğitim alanının genel olarak siyasal iktidarlar için –çalışmada açıklanan nedenlerle- asla kendi haline ya da kendi kontrol ve denetimi dışında bırakılmak istenmemesidir. Bu yönüyle eğitimin kamu hizmeti olarak örgütlenmesi, bir yönüyle devlete başta mali nitelikte olmak üzere pek çok olumlu edim yüklese de, aynı zamanda eğitimi içerik ve niteliğiyle belirleme iktidarını da onun ellerine bırakmış olur. Özel eğitim kurumlarının bu işleyişe katılması da, devletin kapsamlı denetim ve gözetim yetkisi nedeniyle, bu görüntüyü değiştirmez.

Anayasanın öngördüğü sistem uyarınca, eğitim toplumsal ihtiyacının karşılanmasının gerek doğrudan kamu örgütlenmesi, gerek özel kişiler tarafından yerine getirilmesinde, kazanç sağlamanın asli amaç olamayacağı açıkça kabul edilmiştir. Bu nedenle eğitim, piyasa kurallarından neredeyse tamamen bağışık kılınan bir kamu hizmeti olarak değerlendirilmelidir. Anayasa Mahkemesi de, eğitim hizmetlerinin ifasında devlete yardımcı olarak özel kesimce açılacak ve işletilecek kurumların kazanç amacı güden kurumlar olamayacağına hükmetmiştir. Kamu hizmetleri dendiğinde en başta akla gelmesi gereken ilkelerden olan meccanilik ilkesinin, özel kişiler tarafından görülen eğitim hizmetleri söz konusu olduğunda, bunların salt kâr amacıyla yürütülememeleri biçiminde somutlaştığı söylenebilir. Yine de Anayasa Mahkemesi, daha sonra, hizmetten yararlanacaklardan alınan ücretin “mâkul kârı” da içerebileceği noktasına gelmiştir. Bunun dışında, yürürlükteki 5580 sayılı Kanun uyarınca, özel okulların yüzde 3-10 arasında değişebilen oranlarda ücretsiz öğrenci okutma yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülük özel okulların bir bakıma eğitim kamu hizmetinin görülmesinde, devletin yükünü hafifleten yardımcı kurumlar olarak algılandıklarını göstermektedir.

İdarenin özel eğitim kurumları üzerinde sundukları hizmetin kalitesi ve hizmetin sunumuna ilişkin araçlar üzerinde oldukça kapsamlı denebilecek bir denetim yetkisi ile donatılmış olması, hizmetin toplum yaşamındaki öneminden ve en temel insan haklarından biri ile olan ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Özel eğitim kurumları üzerinde Anayasadan başlayarak birçok hukuki metinde aynı kararlılıkla vurgulanan bu denetimin basit bir gözleme ve standartlaştırmanın ötesine geçtiği de ifade edilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya 2004.
- AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- ALGAN, Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.
- ARAL, Berdal, Bir İnsan Hakkı Olarak Kültürel Haklar, içinde: Türkiye’de İnsan Hakları, Yayına Hazırlayan Oya Çiftçi, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara 2000.
- ASLAN, Yılmaz, “Rekabet Kurumunun Telekomünikasyon Alanında Kararları ve Yetkisi”, Rekabet Kurumunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 1-4 Nisan, Rekabet Kurumu Yayını, Ankara 2003.
- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, b. 2, Turhan Kitabevi, Ankara 2009.
- AYANOĞLU, Taner, Elektrik Kamu Hizmetinden Elektrik Piyasasının Düzenlenmesine Doğru, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 13, S. 1-3, 2003, s. 66-86.
- AZRAK, Ülkü, Millileştirme ve Kamu Hizmeti, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 36, S. 1-4, 1970, s. 44-78.
- BARRY, Norman P., Modern Siyaset Teorisi, Çev. Mustafa Erdoğan-Yusuf ŞAHİN, Liberte Yayınları, Ankara 2004.
- BILGEN, Pertev. Kamu Hizmeti Hakkında, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl, 1980, S. 1, s. 113-116.
- BULUT, Nihat, Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.
- ÇAL, Sedat, “Kamu Hizmeti Kavramı Üzerine Kimi Düşünceler”, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2009.
- ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 3-4, 2007, s. 295-314.
- Jean ROUVIÈRE, İdarî Sözleşmeler, Çev. Vecihî Tönük, *İdare Dergisi*, Y. 21, 1950. s.87-95.
- DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
- ERDOĞAN, Mustafa, İnsan Hakları Teorisi Ve Hukuku, Orion Yayınevi, Ankara 2007.

- EROL, Mesut, Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usullerinden Ruhsat (Lisans, İdari İzin, Yetkilendirme) Yöntemi ve Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Lisans Konusundaki Yetkilerinin Danıştay Kararları Çerçevesinde Değerlendirilmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 23, S. 90, Eylül-Ekim 2010. s. 344-378.
- GİRİTLİ, İsmet; BİLGEN, Necip; AKGÜNER, Tayfun, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2006.
- GÖZE, Ayferi, Sosyal Devlet Sistemi, İÜHF Yayınları, İstanbul 1976.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2007.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref-TAN, Turgut, İdare Hukuku, Cilt 1, Genel Esaslar, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref - Turgut TAN, .İdare Hukuku Cilt II, İdari Yargılama Hukuku, b. 2, Ankara 2008.
- GÜLAN, Aydın, Kamu Hizmeti Kavramı, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Y. 9, S. 1-3, 1988. s.147-159.
- GÜLAN, Aydın, Regölasyon Kurumları Hakkında Genel Bir Değerlendirme, İçinde: İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- GÜMÜŞ, Tarık, Sosyal Devlet Anlayışının Gelişimi ve Dönüşümü, XII Levha Yayınları, İstanbul 2010.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, b. 9, İmaj Yayınevi, Ankara 2004.
- KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi, Ankara 2004.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), b. 2, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.
- KESKİN, Nuray, Dünya Bankası ve Eğitimde Yerelleşme, Kamu Okullarında İşletmecilik, (Küreselleşme ve Demokratikleşme Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı, Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Yayını, 27-30 Mart, Antalya 2008. s. 617-624.
- KIRATLI, Metin, Koruyucu İdari Hizmetler, TODAİE Yayını, Ankara 1973.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- ROLLAND, Louis, Hukuku İdare, Çev. İbrahim Ali, İstanbul Matbaacılık,

İstanbul 1933.

- RUHİ, Mehmet Emin, 1982 Anayasası Çerçevesinde Sosyal Devlet ve Özelleştirme, Nobel Yayınları, Ankara 2003.
- SOYSAL, Mümtaz, Eğitim Hakkı ve Öğretim Özgürlüğü, içinde: Türkiye’de İnsan Hakları Semineri, 9-11 Aralık 1968, 1970. s. 245-255.
- TAN, Turgut, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, *Anayasa Yargısı*, C. 8, Ankara 1991.
- TAN, Turgut, Kamu Hizmeti İmtiyazından “Yap-İşlet-Devret” Modeline, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 47, S. 3-4, Haziran-Aralık, 1992.s. 307-325.
- TAŞKIN, Pelin, 5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ve Getirdiği Yenilikler *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 68, S. 4, 2010. s. 159-179.
- TİRYAKİ, Refik, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.
- ULUĞ, Feyzi, Eğitim Hakkının Kullanım Sorunu, Türkiye’de İnsan Hakları, Yayına Hazırlayan Oya Çiftçi, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayını, Ankara 2000. s. 429-443.
- ULUSOY, Ali, Bağımsız İdari Kurumlar, *Danıştay Dergisi*, S. 100, 1999.
- ULUSOY, Ali, Kamu Hizmeti İncelemeleri, Ülke Kitapları, İstanbul, 2004.
- ULUSOY, Ali Fransız ve AB Kamu Hizmeti Anlayışlarının Türk Hukukuna Etkisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 48, S. 1-4, 1999. s. 165-176.
- YAŞAR, Nuri, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek Birinci Protokolünün 2. Maddesine Göre Eğitim Hakkı, Resmi Öğretimin Çoğulculuğu ve Özel Öğretim Özgürlüğü, *Kamu Hukuku Arşivi KHUKA*, Y. 5, Mart 2002, s. 7-18.
- YAŞAR, Nuri, İnsan Hakları Avrupa Sisteminde ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı ve Özgürlüğü, İstanbul 2000.
- YILDIZ, Naciye, Neoliberal Küreselleşme ve Eğitim, Dicle Üniversitesi Ziya Gökalp Eğitim Fakültesi Dergisi C. 11, S. 13-32 2008, http://www.zgefdergi.com/Makaleler/1203906393_11_02_Yildiz.pdf adresinden 3.3.2013 tarihinde erişilmiştir.
- ZABUNOĞLU, Yahya, Bir İdari Sözleşme Türü Olarak Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri, Hukuk Kurultayı, Yıl 2000, C. 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2000.

CEZA MUHALEMESİNDE GAİP VE KAÇAK SANIĞA GÜVENCE BELGESİ VERİLMESİ

Ömer ÖMEROĞLU*

ÖZET

CEZA muhakemesinde amaç mutlak gerçeği bulmaktır. Mutlak gerçekliğe tez ve antitez çatışmasının sağlanması suretiyle ulaşılması mümkündür. Savunma antitezi oluşturacaktır. Bazı durumlarda sanığın duruşmaya gelmemesi ya da gelememesi mümkündür. Bu durumda savunma ortaya konulamayacak ve gerçeğe ulaşamayacaktır. Gaip ya da kaçak sanığın tutuklama korkusu duymadan savunma yapması ve yargılamaya katılabilmesi için kendisine bir güvence verilmesi mümkündür. Tutuklamama konusunda gaip veya kaçak sanığa bir güvence belgesi verilebilir. Bu belge mahkeme tarafından verilebilecektir. Güvence belgesi verilerek gaip veya kaçak sanığın yargılamaya katılması amaçlanmaktadır. Sanığın yargılamaya katılmasıyla savunma hakkının kullanımı mümkün olabilecek ve devlet ya da toplumun cezalandırma yetkisi kullanılabilir hale gelecektir.

Anahtar Kelimeler : Gaip, Kaçak, Sanık, Tutuklama, Güvence Belgesi

ISSUANCE OF ASSURANCE DOCUMENT FOR THE DEFAULTER OR FUGITIVE DEFENDANT IN THE CRIMINAL PROCEDURE LAW

ABSTRACT

The purpose of criminal proceeding is to find the absolute truth. It can be possible to reach the absolute reality by providing conflict of thesis and antithesis. It effectuates the antithesis of self-defense. In some cases it is possible that the defendant does not come to the trial or cannot come. In this case the defense can not be demonstrated and the truth cannot be found. It can be given a warranty to the defaulter or fugitive defendant for being able to defence without any fear of the arrest. For no arresting it can be given an assurance document to the defaulter or fugitive defendant. This document will be given by the court. With the giving assurance document it is intended that the defaulter or fugitive defaulter will participate on the trial. With the participation on the trial of the defaulter the using of defences right can be possible and it becomes usable of the authority to punish of the state or society.

Keywords : Defaulter, Fugitive, Defendant, Detention, Assurance Document

* Dr., Kayseri Cumhuriyet Savcısı

GİRİŞ:

İnsanlık tarihi bir bakıma suçların da tarihidir. Tarih boyunca suçların yer üstünden silinebileceği düşüncesi belirli dönemlerde ileri sürülmüşse de, zaman, bu görüşlerin hayalden ibaret olduğunu ortaya koymuştur. Suç işlenmeyen bir toplumsal yapıya rastlamak mümkün değildir. Toplumsal düzeni sürdürmek için suçlarla mücadele etmek bir zorunluluktur. Suçlarla mücadele ve devletin cezalandırma hak ya da yetkisinin doğup doğmadığının tespitinin gerekliliği, muhakeme faaliyetini zorunlu kılmıştır. Suç bir gerçeklik olduğuna ve çoğunlukla suçu bir cezanın takip etmesi doğal bulunduğuna göre cezanın yerini bulması bir süreci içerecektir. Devletin cezalandırma hak ve yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağının tespiti bir muhakemedir. Bu muhakemeye ceza muhakemesi adını vermek mümkündür. Geçmiş yıllarda ceza hukukunun alt dalı sayılan ceza muhakemesi, günümüzde bir usul ve kurallar dizisinden öte, farklı bir hukuk dalı olarak kabul görmektedir. Devamlı surette gelişen ve ihtiyaç duyduğu kurumları üreten ceza muhakemesi süreci, geldiği nokta ile birlikte ayrı bir hukuk dalı olup, bu hukuk dalına ceza muhakemesi hukuku denilmektedir. Kollektif bir süreç olan, tez ve antitezin çelişmesi ile en doğru senteze ulaşmayı amaçlayan ceza muhakemesi, içeriğinde eksikliği kabul edebilen bir süreç değildir. İyi bir şiirin tam olduğu, bir harf ya da virgülün fazlasını kabul etmeyeceği gibi, eksikliğini de kaldıramayacağı yolundaki genel söyleme benzer olarak, ceza muhakemesi de eksik ya da fazlayı kaldırmayacaktır. Olaylar yaşam zemininde, göreceli olarak, geniş mekanlarda ve geniş zamanlarda yaşanır. Aynı olayları daha dar mekanlarda ve kısa zamanlarda muhakeme ederek, bir anlamda, yeniden yaşamak ve bu suretle doğruyu bulmak kolay değildir. Ancak kolay olmasa da, ceza muhakemesi mutlak gerçek ve doğruyu bulmak zorunluluğu içerisindedir. Kollektif olan muhakeme sürecinde doğru, işbirliği ve elbirliği içerisinde bulunacaktır. Şüpheli veya sanığın savunması olmadan mutlak gerçeğe ulaşılması düşünülemez. Savunma olmadan antitez sunulamayacağına göre tez ve antitezin çelişmesinden de söz edilemez. Bu nedenle şüpheli ya da sanığın savunmalarının alınması, ortaya koyacakları delillerin toplanması gerekmektedir. Cezanın doğru biçimde bireyselleştirilebilmesi için de, sanığın görülmesi gerekir. Bazen şüpheli ya da sanığın tutuklanma korkusuyla muhakeme sürecinden kaçması ya da savunma yapacak cesareti gösterememesi mümkündür. Bu nedenledir ki, ceza muhakemesi sistemimiz gaip ya da kaçak sanığın savunmaya gelmesini temin için tutuklanmayacağı yolunda güvence verilmesine olanak tanımaktadır. Çalışmamızda gaip ya da kaçak sanığa güvence belgesi verilmesi kurumu incelenecektir.

I) TANIM :

Güvence belgesi gaip veya kaçak sanığın ortaya çıkmasını ve kovuşturmayaya katılmasını sağlamak amacıyla verilen ve sanığın yargılandığı suçlar bakımından tutuklanmasını önleyen, gerekli görüldüğünde şarta bağlanabilen belge olarak tanımlanmaktadır¹. Bu tanıma büyük ölçüde haklı bulmakla birlikte içerisinde yer alan “sanığın yargılandığı suçlar bakımından tutuklanmasını önleyen” biçiminde belirtilen unsurun tanıma dahil edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Çünkü mülga CMUK’nun 288. maddesinin 2. fıkrasında güvence belgesinin sanığı sadece verildiği suç nedeniyle tutuklanmaktan koruyacağı yolunda açık bir düzenleme bulunmaktaydı². Oysa halen yürürlükte olan CMK’nun konuyu düzenleyen 246. maddesinde böyle bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda, “sanığın yargılandığı suçlar bakımından tutuklanmasını önleyen” şeklinde ifade edilen unsurun, tanım içerisinde yer almasının mümkün bulunmadığı görüşündeyiz. Düşüncemizce güvence belgesi, ceza muhakemesinde gaip veya kaçak sanığın duruşmaya katılmasını sağlamak amacıyla verilen, şarta bağlanabilen ve sanığa tutuklanmama güvencesi veren belge olarak tanımlanabilecektir.

II) AMAÇ:

Güvence belgesinin gaip veya kaçak sanığın ortaya çıkmasını sağlamak amacıyla yönelik verildiği doktrinde belirtilmektedir³. Güvence belgesinin birden fazla amacı bulunmaktadır. Ceza muhakemesinin amacı mutlak gerçeği bulmaktır. Mutlak gerçeklik insanlık onuruna uygun ve bir hukuksal çerçeve içerisinde aranacaktır⁴. Bu çerçeve içerisinde ceza muhakemesi tez ve antitezin aynı zeminde karşı karşıya gelmesini ve çelişmesini sağlayarak

¹ ÖZTÜRK, s.137, CENTEL/ZAFER, s.673, BALCI, s.104

² 1412 sayılı ve 3206 sayılı kanunla değiştirilen mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 288. maddesi şu şekildeydi; Madde 288: Mahkeme gaip olan sanık hakkında bir teminat varakası verebilir. Bu teminat şartlara bağlanabilir. Teminat varakası hangi suç için verilmiş ise sanığı yalnız ondan dolayı tutuklamadan masun bulundurur. Sanık hürriyeti tahdit eden bir ceza ile mahkum olur veya kaçmak hazırlığında bulunur yahut teminat varakasının bağlı olduğu şartlara riayetsizlik ederse teminatın hükmü kalmaz.

³ ÖZTÜRK s.138, BALCI, s.104.

⁴ “Ceza muhakemesinin amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması ceza muhakemesinin amacına aykırıdır..”, biçimindeki gerekçeyle Yargıtay Ceza Genel Kurulu mutlak gerçeğin hukuk sınırları içinde aranacağına vurgu yapmaktadır. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 19.04.1993 tarihli 6/79-108 Sayılı kararı, YILMAZ, s.33, dnp.1.

doğruyu bulmayı niyet etmektedir. Ceza muhakemesi faaliyeti, iddia, savunma ve yargılama makamlarını işgal eden sùjeler arasında ortaya çıkmaktadır. İddia makamı, ceza davasında tezi oluşturan isnadı ortaya koyar, savunma makamı savunmasını yapmak suretiyle antitezi oluşturur, bu tez ve antitezin çarpışmasından senteze, bir başka deyişle gerçeğe ve hükme ulaşılır⁵. Sanığın duruşmaya gelmemesi halinde iddia makamının ortaya koyduğu tezin karşısında gerçek ve doğru bir antitez yer almayacak ve ulaşılan sonuç mutlak gerçeği değil, sınırlı doğruları (belki de yanlışları) içerecektir. Güvence belgesinin amaçlarından bir tanesi çelişmeli yargılamayı, diğer deyişle muhakemeyi sağlayarak mutlak gerçekliğin ortaya çıkmasına yardımcı olmaktadır.

Ceza muhakemesinde meramını anlatma önemli ilkelerden bir tanesidir. Sanığın derdini hakime anlatabilmesi anlamına gelen bu ilke, sanığın kendini doğru biçimde ifade edebilmesi ve aleyhine sürülen iddiaları çürütebilmesi imkanını verir⁶. Bulunmayan sanık açısından meramını anlatmak söz konusu olamayacaktır. Güvence belgesi verilmesi suretiyle duruşmaya katılımı sağlanan sanık açısından meramını anlatmak ilkesi hayata geçirilmiş olacaktır. Güvence belgesi verilmesinin amaçlarından bir tanesi de meramını anlatma ilkesinin hayata geçirilmesini sağlamaktır.

Ceza muhakemesinin önemli ilkelerinden biri de vicahilik, yani yüz yüzeliktir. Sağlıklı bir vicdani kanı ve yargının oluşabilmesi için, kanıt kaynakları ile yüz yüzelik ve doğrudanlık kuralları uyarınca ilişki kurulması, sanıkların duruşmada bizzat dinlenmesi, duruşmada edinilen izlenimlere göre deliller değerlendirilerek hüküm kurulması zorunluluktur⁷. Muhakemeyi monologdan diyaloga taşıyan ve diyalektik haline getiren şey, vicahiliktir. Vicahilik ilkesinin muhakeme diyalektiği açısından vazgeçilmez olduğu Yargıtay kararlarında da vurgulanmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.06.2006 tarihli 2006/10-124 Esas ve 2006/165 Karar sayılı kararında “... *Ceza yargılama hukukunda vicahilik prensibi esastır. Sanık, aleyhinde olan hususlar bakımından savunmasını bildirmek hakkına sahiptir...savunması alınmaksızın(diyalektik bozularak) sanık aleyhine bir karar verilmiş olacaktır...*” yolundaki gerekçeyle, vicahilik ilkesi ile sanığın duruşmadaki varlığının, muhakemenin diyalektiği açısından değerini ifade etmektedir⁸.

⁵ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.21, KARAKEHYA, s.132, dpn. 2.

⁶ TURHAN, s.112.

⁷ ÇINAR, s.40.

⁸ Kararın tamamı için bkz. (<http://www.hukuki.net>. erişim tarihi 05.06.2013).

Güvence belgesinin bir diğer amacı vicahilik ilkesinin muhakemeye yansıtılmasıdır.

Sanık açısından savunmanın bir hak olduğu günümüzde tartışma götürmeyen bir gerçeklik olarak kabul görmektedir. Savunma sanığın en önemli haklarından bir tanesidir. Savunma olmadan yargılamanın doğru biçimde yapılamayacağı hususu da izahtan varestedir. Ancak, savunma bir hak olduğu kadar, ödev niteliği de taşımaktadır⁹. Savunma bir tarafı hak ve yetkilerden, diğer tarafı ödevlerden oluşan iki yüzlü bir madalyon gibidir. Sanığın çağrıldığı anda yargılamaya gelmek ödevi ve yükümlülüğü bulunmaktadır. Sanık savunması bir ifade ve müdafaa aracı olduğu kadar, delil elde etme aracı niteliği de taşımaktadır¹⁰. Güvence belgesi sanığın ödevini yerine getirmesine ve hakkını kullanmasına yardımcı olmaktadır. Güvence belgesi verilmesinin sanığın hak ve yetkilerini kullanmak ve ödevlerini yerine getirmesini sağlamak amacı da bulunmaktadır.

Sanığın doğru biçimde tespiti, suçu işleyen kişinin cezalandırılması ve işlemeyen kişinin ceza görmemesi açısından büyük değer taşımaktadır. Sanığın muhakemeye katılması hakim, savcı, katılan, mağdur ve suçtan zarar gören ile tanıklar tarafından görülmesi, doğru kişinin tespit edilmesi açısından değerlidir. Açık yargılamayı izleyenler dahi bazen sanığın doğru biçimde tespitine katkıda bulunabilirler. Bir masumun mahkum edilmesinden, binlerce suçlunun cezasız kalmasının daha doğru olacağı düşüncesi, modern dünyanın uzun bir tarihsel süreç sonucunda ulaştığı düşünce ve değerdir. Sanığın doğru biçimde belirlenememesi masumların mahkumiyetine neden olabilir. Güvence belgesi sanığın muhakemeye katılması ve aynı zamanda sanığın doğru biçimde tespiti anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda güvence belgesi verilmesinin sanığın doğru biçimde tespit edilmesi amacını taşıdığı da belirtilmelidir. Devlet açısından cezalandırmanın bir hak ya da yetki olduğu kabul görmektedir. Cezalandırma hak ve yetkisinin devlet ya da topluma, veya her ikisine birden ait olduğu kabul edilebilir. Cezalandırma hak ve yetkisinin temellerine inmek konumuzun sınırları dışında kalmaktadır. Fakat cezalandırma hak ve yetkisinin kullanılabilmesi için sanığa ulaşılabilmesi gereklidir. Sanığına ulaşılmadan muhakeme süreci sonuçlandırılmayacak ve devletin ceza hukuku ilişkisinden doğan cezalandırma hak ve yetkisinin

⁹ AKSOY İPEKÇİOĞLU, s.51.

¹⁰ Sanığın savunması alınmadan davanın sonuçlandırılmayacağına ilişkin Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 07/05/1996 tarih ve 1996/4356 Esas-1996/4679 Karar sayılı kararı, Yargıtay Kararları Dergisi Kasım 1996, s.1851-1852.

kullanılması mümkün olmayacaktır. Güvence belgesi verilmesi devletin cezalandırma hak ve yetkisinin kullanılmasını sağlamak amacı da taşımaktadır.

Cezanın bireyselleştirilmesinin sağlanabilmesi için de sanığın muhakemede bulunması ve görülmesi gerekmektedir. Doktrinde de belirtildiği üzere cezanın bireyselleştirilmesi sanığın görülmesiyle doğru biçimde yapılabilecektir¹¹. Duruşma tutanakları terlemeyen, titremeyen, heyecanlanmayan, duygu içermeyen ve insana ait özellikleri yansıtmayan belgelerdir. Adından da anlaşılacağı üzere cezanın bireyselleştirilmesi, onun bireye uyarlanmasıdır. Muhakemenin özneleri tarafından görülmeyen, duygu ve tepkileri algılayamayan ve bir varlık olarak değerlendirilmesi yapılamayan insanın, cezasının bireyselleştirilmesi mümkün değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.11.2005 tarih ve 2005/8-141 Esas, 2005/149 Karar sayılı kararında cezanın bireyselleştirilmesinde hakim takdirinin önemine vurgu yapmıştır¹². Doktrinde de, cezanın duruşma sonucunda elde edilen kanaate göre tespitinin gerekliliği belirtilmektedir¹³. Hakim bu konudaki takdirini kullanabilmesi için sanığı görmesi gerektiği açıktır. Güvence belgesi bir boyutuyla cezanın doğru biçimde bireyselleştirilmesi amacını da içerisinde barındırmaktadır.

Muhakeme sürecinin hızlandırılması, çağımızda önem verilen konulardan biri haline gelmiştir. Hızlılık, acelecilik olarak anlaşılmamalıdır. Adalet hizmetinin yerine getirilmesinde hızlılık, hukuk düzenlerinin masumluk karesi, savunma hakları gibi temel ilkeleri ihlal etmeden muhakeme sürecinin süratlendirilmesini ifade etmektedir.¹⁴ Fransızca “célérité” kelimesiyle özdeş olan sürat sözcüğü, bu dilde, akıl, makuliyet, tedbirlilik gibi kavramlara yollama yapılarak açıklanmaktadır¹⁵. Bu doğrultudan bakıldığında yargılamanın hızlandırılmasında sakınca değil, fayda bulunmaktadır. Güvence belgesinin, sanığın bir an önce muhakemeye dahil edilerek sürecin hızlandırılması gibi bir amacı da mevcuttur.

Güvence belgesi birçok farklı amacı içerisinde barındırmaktadır. Özet olarak söyleyecek olursak güvence belgesi, bir yandan sanığa savunmasını yapmak için hukuki kolaylık sağlayarak sanığı koruduğu gibi, devlet ve

¹¹ YURTCAN, s.271.

¹² ÇOLAK/ALTUN, “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”(http://www.yayin.adalet.gov.tr, erişim tarihi 05/06/2013).

¹³ ÜZÜLMEZ, s.205.

¹⁴ PRADEL, s.185.

¹⁵ PRADEL, s.185.

toplumun cezalandırma hak ve yetkisinin realize edilmesini sağlayarak devlet, toplum ve birey menfaatlerini dengelemek, devlet, toplum ve birey diyalektiğinde bir denge sağlamak amacındadır.

III) HUKUKSAL NİTELİK:

Gaip ve kaçak sanığa tutuklanmayacağı konusunda verilen güvence belgesinin hukuksal niteliğinin ne olduğu konusu tartışmalıdır. Güvence belgesinin ilk bakışta koruma tedbiri niteliğinde olduğu düşünülebilir. Fakat koruma tedbirleri genel özellikleri gereği zorlama boyutu taşımaktadır. İletişimin denetlenmesi ya da teknik araçlarla izleme halinde bir zorlama bulunmamakla beraber, bunlar da koruma tedbiri sayılmaktadır. Koruma tedbirinin zorlama boyutunun, diğer deyişle zorlayıcı niteliğinin, bunların bazen cebren uygulanabilmesi ve kişi özgürlüklerine sınırlandırıcı özellik taşıması olduğu söylenmelidir. Koruma tedbirlerinin ortak özelliği kişi hürriyetini sınırlandırmalarıdır¹⁶. Güvence belgesi sanığın hak ve özgürlüklerini sınırlandırmamakta, aksine genişletmektedir. Sanığa verilen tutuklanmama güvencesinin hürriyeti sınırlamak bir yana, özgürlüğü genişletici özelliği bulunduğu kuşkudan uzaktır. Bu durumda güvence belgesinin bir koruma tedbiri olduğunu söylemek ve kabul etmek güçtür¹⁷.

Güvence belgesinin şarta bağlanması durumunda özgürlükleri sınırlayıcı bir nitelik taşıyacağı ve şarta bağlı verilen güvence belgesinin bir koruma tedbiri olarak kabul edilmesi gerektiği yolunda görüşler bulunmaktadır¹⁸. Düşüncemizce şarta bağlansa da güvence belgesi özgürlüğü kısıtlayıcı bir yapı taşımamaktadır. Öngörülen şarta uyan sanık açısından tutuklanmama teminatı söz konusu olduğuna göre, geniş boyuttan ya da büyük pencereden bakıldığında, güvence belgesinin özgürlük genişletici bir mahiyet taşıdığı görülecektir. Sözleşmeler hukukunda da şarta bağlı sözleşme yapılması mümkündür. Şarta bağlı sözleşme yapılması sözleşme serbestisini ortadan kaldırmaz. Şarta bağlılık sözleşme özgürlüğünü kısıtlar şekilde yorumlanamaz. Aynı biçimde şarta bağlanan güvence belgesi sonuçta tutuklanmama güvencesini sağladığından ve sanığa tutukluluk konusunda bir alan genişlettiğinden, hürriyeti sınırlayıcı değil genişletici nitelik taşımaktadır. Bu nedenle şarta bağlanma özelliği bulunsu da, güvence belgesinin bir koruma tedbiri olarak değerlendirilemeyeceği düşüncesindeyiz.

¹⁶ Aynı yönde ÜNVER/HAKERİ, s.312, YILMAZ, s.35.

¹⁷ Aynı Yönde ÖZTÜRK, s.138.

¹⁸ Bkz. BALCI, s.105, ÖZTÜRK/ERDEM, s.524

Öyleyse güvence belgesinin hukuksal niteliği nedir? Bu soruya doğru cevap verebilmek için güvence belgesinin ne anlama geldiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Güvence belgesi ile mahkeme gaip veya kaçak sanığa tutuklanmayacağı konusunda bir vaatte bulunmaktadır. Vaat, sözlükte “bir işi yerine getirmek için verilen söz” biçiminde açıklanmaktadır¹⁹. Demek ki mahkeme güvence belgesi vermekle sanığa tutuklanmayacağı yolunda söz vermiş olmaktadır. Çünkü, vaatte bulunmak, söz vermek demektir. Düşüncemizce güvence belgesi bir sözleşme şeklinde değerlendirilemez. Sözleşmenin oluşumu için tarafların ortak iradelerinin aynı yönde buluşması gerekmektedir. Örneğin, bir satış sözleşmesinde bir taraf, bir mal ya da eşya ile satma iradesinde, diğer taraf aynı mal ya da eşyayı alma iradesinde buluşmakta ve anlaşmaktadır. Güvence belgesi mahkemece verildiği an sonuç doğuracaktır. Sanığın ortaya çıkararak savunma vermesinin ya da gelmemesinin güvence belgesinin varlığını ortadan kaldırmayacağı açıktır. Sanık gelmese de güvence belgesi hukuken doğmuş ve hukuk dünyasında bir kez var olmuştur. CMK'nun 246. maddesinin 2. fıkrası sanığın hapis cezasıyla mahkum olması veya kaçmak hazırlığında bulunması ya da güvence belgesinin şartlarına uymaması halinde belgenin hükümsüz kalacağını söylemektedir. Maddenin açık düzenlemesi karşısında belgenin hükümsüz kalması için sanığın hapis cezasına mahkum olması veya kaçma hazırlığında bulunması ya da şartlara uymaması gerekmektedir. Kanun güvence belgesinin hükümsüz kalmasından bahsettiğine göre, güvence belgesi baştan doğmuş olacaktır. Sanığın bir taraf olarak kabulüne ihtiyaç duyulmadığına göre güvence belgesi bir tür sözleşme değildir. Öztürk, “...Güvence belgesi sözleşmeye benzemektedir. Güvence belgesi verilmesi icap niteliğindedir. Gerçekten, güvence belgesi verme icap gibi karşı tarafa yani sanığa yönelecek, yasanın bulunmasını istediği tüm esaslı noktalar kararda yer alacak ve nihayet mahkeme verdiği teminat belgesi ile kural olarak bağlı olacaktır, her istediğinde onu geçersiz sayamayacaktır. Sanığın mahkemenin yaptığı öneriyi kabul edip ortaya çıkması kabulü karşılamaktadır. Bütün bunlar gösteriyor ki, teminat belgesi sözleşmeye benzer bir niteliğe sahiptir. Sözleşmedir demiyor, sözleşmeye benzemektedir diyoruz...” şeklindeki anlatımında güvence belgesinin bir sözleşme olmadığını ortaya koymaktadır²⁰. Düşüncemizce güvence belgesi yargı yetkisini millet ya da toplum adına kullanan mahkemenin sanığa vermiş olduğu bir sözden ibarettir. Arapçadaki karşılığı teminat olan güvence, kelime olarak inandırmak ve emniyet vermek için veya muhtemel zararı ödemek

¹⁹ (<http://tdkterim.gov.tr> erişim tarihi 06/06/2013).

²⁰ ÖZTÜRK, s.139.

için verilen söz anlamını taşımaktadır.²¹ Esasen güvence vermek, söz vermek demektir. Bu söz yasal düzenleme gereği sanık açısından aynı zamanda bir teminat yani güvence oluşturmaktadır. Güvence belgesi yargı yetkisini millet ve toplum adına kullanan mahkemelerin yasadaki kaynaklanan bir söz vermesinden ibarettir. Yasaya dayalı verilen bu söz, gerek yasal düzenleme ve gerekse sözün sahibini bağlaması yolundaki hukukun genel ilkeleri gereğince mahkemeyi bağlayacaktır. Düşüncemizce, güvence belgesinin hukuki niteliği yasaya dayalı bir söz verme olarak değerlendirilmelidir. Yine kamu hukuku kurallarına göre işleyen ceza muhakemesi hukukunun bir parçası olmakla güvence belgesi, kamu hukuku kurumu sayılmalıdır.

IV) GÜVENCE BELGESİNİN ADLİ KONTROL KURUMUNDAN FARKI:

Doktrinde adli kontrol kurumunun önemli ölçüde gaip ve kaçak sanığa güvence belgesi verilmesi kurumuyla benzeştiği söylenmektedir. Bu görüşe göre, adli kontrolü düzenleyen CMK'nun 109. maddesi belli bir güvencenin yatırılması koşuluyla şüpheli ya da sanığın tutuklanmayabileceğini öngörmektedir, CMK'nun 246. maddesinde düzenlenen güvence belgesinde mahkemenin nakdi teminat ödenmesini şart koşabileceği belirtilmektedir. İki kurum teminat koşulu öngörmek açısından benzeşmektedir²². Adli kontrol kurumu ile güvence belgesi verilmesinin nedeni tutuklama tedbirine başvurulmaksızın muhakemenin sonuçlandırılmasıdır. Bu açıdan bakıldığında adli kontrol kurumu ile gaip ve kaçak sanığa güvence belgesi verilmesi kurumları arasında benzerlik bulunduğu söylenebilir. Ancak her iki kurum arasında da önemli farklılıklar vardır.

Adli kontrol şüpheli ve sanığa uygulanabilirken, güvence belgesi kurumu sadece sanıklar için uygulama alanı bulabilmektedir. Güvence belgesinin verilmesini düzenleyen CMK'nun 246. maddesi, güvence belgesinin gaip olan sanık hakkında, duruşmaya gelmesini temin için verileceğini açıkça belirtmektedir. Bu düzenleme karşısında adli kontrol kurumu ile güvence belgesi verilmesi kurumu arasında önemli bir farkın bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Adli kontrol kararı soruşturma ve kovuşturma safhalarında verilebilirken, güvence belgesi sadece kovuşturma safhasında verilebilecektir. Bir başka fark da, adli kontrol kararının tüm sanıklar için uygulanabilirken, güvence belgesi yalnızca gaip ya da kaçak sanıklar için uygulama alanı

²¹ COŞKUN KARADAĞ, s.240.

²² BALCI, s.104.

bulabilmesidir. Bu farklılıklar değerlendirildiğinde güvence belgesinin bir adli kontrol türü olduğu düşüncesinin haklı olmadığı görülecektir²³. Her iki kurum arasında ciddi ve önemli farklılıklar bulunmaktadır. Ayrıca tutuklamaya göre özgürlüğü sınırlayıcı niteliği daha düşük olmakla birlikte adli kontrol de özgürlüklerin sınırlanması sonucunu doğuran bir kurumdur. 1412 sayılı CUMK içeriğinde yer almayan adli kontrol ilk defa 2001 Tasarısı ile düzenlenmeye çalışılmıştır²⁴. Tasarı 112. maddesinin gerekçesinde “*ilgiliyi özgürlüğünden yoksun kılmamakla birlikte gözlemeyi ve denetlemeyi olanaklı kılan tedbirlere tabi kılmaktadır; böylece kişinin kaçması riski azaltılırken hürriyetten tümü ile yoksun kılmanın zararları da ortadan kaldırılmış olmaktadır.. Kurum şüpheliyi hürriyetinden yoksun hale getirmemekle birlikte, aynı sonuçları elde edebileceği hallerde adli kontrole hükmetmek gerekecektir*”²⁵ şeklindeki ifadeyle, adli kontrol kurumunun ilgiliyi özgürlüğünden yoksun kılmadığı belirtilmişse de, kişinin adli kontrol altında olması genel anlamda özgürlüğü kısıtlayıcı nitelik taşımaktadır²⁶. Gerekeçedeki özgürlük kavramı kişinin bir mekanda kapalı tutulmamasını ifade eder niteliktedir. Adli kontrol altındaki kişi özetinde hapsedilmiş ya da bir mekana kapatılmış değildir. Adli kontrolün tutuklamadan en önemli farkı budur. Tutuklamada bulunan kapalı bir yerde tutulma, diğer deyişle dünyayla önemli ölçüde bağların kesilmesi²⁷, adli kontrolde yoktur. Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, adli kontrolün şüpheli veya sanığın tekrar suç işlemesini önlemek, suç dolayısıyla yeniden mağduriyet görmesini engellemek, mağduru zararlarının giderilmesine yardımcı olmak, yargılama masraflarının ödenmesini temin etmek, ilgilileri tutukevinin olumsuz etkilerinden korumak ve belirli bir süre de olsa, işsiz kalmalarının önüne geçmek gibi amaçları da bulunmaktadır²⁸. Ancak, adli kontrol altındaki kişi özgürlüklerini kullanabilmesi açısından adli kontrol altında bulunmayan kişilerle aynı statüde görülemez. Örneğin yurt dışına çıkamama konusunda adli kontrole tabi tutulan kişinin seyahat özgürlüğünün kısıtlanmış olduğu tartışmasızdır. Yine belirli yerlere düzenli olarak başvurmak ya da sürücü belgesini teslim etmek durumunda kalacak kişinin özgürlüğünün sınırlanmamış olduğu söylenemez. Adli kontrol tutuklama

²³ Bu görüş için bkz. BALCI, s.104.

²⁴ ÜNVER/HAKERİ, s.370.

²⁵ Tasarı metni ÜNVER/HAKERİ, s.370’den alınmıştır.

²⁶ Adli kontrolün tutuklamaya oranla daha az özgürlüğü kısıtlayıcı niteliği bulunmakla birlikte, özgürlüğü sınırlayıcı boyutu bulunduğu ilişkin görüş için bkz. YILMAZ, s.40.

²⁷ MYJER/HANCOCK/COWDERY, s. 118.

²⁸ SOYASLAN, s.318.

kadar olmasa da özgürlükleri sınırlayıcı bir niteliğe sahiptir, oysa güvence belgesi ilgili açısından özgürlük genişletici bir boyut taşımaktadır. Özgürlük sınırlayan bir kurum ile özgürlük genişleten diğer bir kurumun aynıyet içerisinde değerlendirilmeleri, düşüncemizce, mümkün değildir. Kaldı ki, adli kontrol bir koruma tedbiridir²⁹. Yukarıdaki açıklamalarımızda güvence belgesi verilmesinin bir koruma tedbiri niteliği taşımadığını belirtmiştik. Bu açıdan bakıldığında da güvence belgesi verilmesi kurumunun bir adli kontrol türü olmadığı görülecektir.

V) GÜVENCE BELGESİ VERİLMESİNİN KOŞULLARI:

1) Gaip veya Kaçak Sanığın Varlığı:

a) Sanık Sıfatının Başlamış Olması:

Belli bir kişi hakkında suç işlediği yolunda soruşturma açılmasını gerektirecek güçte kuşkuların oluşmasıyla birlikte şüpheli kavramı ortaya çıkar³⁰. Şüpheli kavramının varlığı için herhangi bir araştırma işleminin yapılması yeterlidir³¹. Şüpheli ve sanık aynı şeyi ifade etmez. Sanık sıfatının kullanılabilmesi için kişinin aleyhinde bir ceza davasının açılmış olması veya kişiye suç yükleyen bir hukuki işlemin yapılmış olması gerekir. Kişi, ceza davasının açılması veya suç yükleyen bir hukuki işlemin yapılması ile birlikte artık sanık adını alır³². Sanık ve şüpheli sıfatları arasındaki temel farklılık, suç şüphesinin somutlaşmış, şahısta yoğunlaşmasıdır³³. Sanık haklarının, şüpheli haklarından daha geniş olması nedeniyle sanıklık sıfatının kamu davası açılmasından önceye çekilmesi yolundaki eğilim, her geçen gün güçlenmektedir. Bununla birlikte CMK, öğretilerde yaşanan kavram karmaşasına son vermek gerekçesiyle³⁴ sanıklık sıfatını kovuşturmanın başlamasından

²⁹ HACIOĞLU, s.172.

³⁰ KUNTER/YENİSEY, s.407.

³¹ ÇAKICI GERÇEK, s.82.

³² DEMİRBAŞ, s. 405, ÇAKICI GERÇEK, s.82.

³³ ŞAHİN/ÖZGENÇ, s.202 vd.

³⁴ Bkz.ÖZTÜRK/ERDEM/SIRMA/SAYGILAR/ALAN, s.184. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun gerekçesinde bu husus; "Sanık, iddianamenin kabulüne karar verilmesinden sonra şüphelinin aldığı sıfattır. Kaynak Kanun da, bu ayırımı yer vermiş ve 157 nci maddesinde kamu davası açıldıktan sonra şüphelinin artık "suçlanan kişi" olduğunu belirtmiştir. Kamu davası açıldıktan sonra işin mahkeme önüne gitmesi için "son soruşturmanın açılması kararı"nın verilmesi gerektiğinden, bundan sonra, failin "ceza davalısı" olacağını hükme bağlamıştır. Tasarıda ise, "iddianamenin reddi" kurumu kabul edilmiş olduğundan, iddianamenin kabulüne karar verilmesinden sonra, yeknesak bir terim olarak "sanık" terimi benimsenmiştir. Böylece, soruşturma evresinde hakkında suç şüphesi ile adli işlem yapılan kişilere

hükmün kesinleşmesine kadarki süre ile sınırlandırmıştır. Bu durumda sanıklık sıfatı iddianamenin mahkeme tarafından kabulü ile başlayacaktır³⁵. Çünkü CMK, 2. maddesinde kovuşturma safhasının iddianamenin kabulüyle başlayacağını hükme bağlamıştır. Oysa, ceza muhakemesinde bazı işlemler vardır ki, bunlar kovuşturma başlamadan kişiyi yoğun suç şüphesi altına sokar. Soruşturma evresinde, savcının tutuklama talebinde bulunması halinde kuşku yoğunudur. Bu halde sanıklık sıfatının başlamayacağını kabul etmek, hak sınırlandırması sonucunu doğuracağından, düşüncemizce doğru değildir³⁶. Bununla beraber düzenleme açıktır ve sanık sıfatı iddianamenin kabulüyle başlayacaktır.

Gaip ve kaçak sanıklara güvence belgesi verilmesine ilişkin CMK'nun 246. maddesinin 1. fıkrasında güvence belgesinin gaip olan sanık hakkında verilebileceği ve CMK'nun 248. maddesinin 7. fıkrasında da 246. madde hükmünün kaçaklar hakkında uygulanabileceğini belirtmesi karşısında, güvence belgesinin ancak sanık sıfatını taşıyanlara verilebileceği sonucu çıkmaktadır. CMK'nun 246. maddesinin açık düzenlemesi ve bu düzenlemenin kaçak sanıklara da uygulanacağına ilişkin CMK'nun 248. maddesi karşısında, güvence belgesi ancak sanıklara verilebilecektir. Şüphelilere güvence belgesi verilmesine olanak bulunmamaktadır.

b) Gaip ya da Kaçak Sanığın Bulunması:

Güvence belgesi verilebilmesi için sanık sıfatının bulunması yeterli olmayıp, sanığın gaip ya da kaçak olması gerekmektedir. Yukarıda da belirtildiği üzere CMK'nun 246. ve 248. maddelerinin düzenlemeleri bu yöndedir. Öyle ise öncelikle gaiplik ve kaçaklık kavramları açıklanmalıdır.

Ceza muhakemesi açısından sanığın gaipliği, kimliğinin bilinmesi ancak kendisine ulaşılamaması anlamını taşımaktadır³⁷. CMK'nun 244. maddesinde gaip sanık; bulunduğu yer bilinmeyen veya yurt dışında bulunup yetkili mahkemelere getirilemeyen ya da getirilmesi uygun bulunmayan sanık olarak tarif edilmektedir. Sanığın gaip sayılabilmesi için kimliğinin bilinmesi ancak bir şekilde bulunduğu yerin belirlenememesi gerekmektedir. Sanığın konut

“şüpheli”, kamu davasının açılmasından ve iddianamenin kabulüne karar verilmesinden sonra ise “sanık” denilmesi kabul edilmiştir.” biçiminde belirtilmiştir. (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>, erişim tarihi 08.06.2013).

³⁵ TURHAN, s.102.

³⁶ Aynı yönde ŞAHİN/ÖZGENÇ, s.202 vd.

³⁷ SOYASLAN, s.468.

adresinin bilinmemesi başlı başına gaiplik açısından yeterli olmayacaktır³⁸. Sanığın iş yeri adresinin ve bulunabileceği tüm adreslerinin bilinmemesi gerekir. Bir şekilde kendisine ulaşılabilecek herhangi adresi ya da adrese yönelik bilgileri bulunan sanık gaip sayılamaz³⁹. Bulunduğu yerin bilinmemesi kavramı doktrinde esaslı şekilde araştırılmasına rağmen adresin tespit edilememesi ve yakın tarihte saptanacağına ilişkin bir umut bulunmamasını ifade etmektedir⁴⁰. Özetle söylenecek olursa sanığın bulunduğu yerin esaslı bir kolluk araştırması ile bulunamaması ve bulunabileceğine dair herhangi bir umut da mevcut olmaması, sanığın yerinin bulunmadığı anlamına gelecektir. Yurt dışında bulunan ve bu nedenle yetkili mahkeme önüne getirilemeyen sanık da gaip sayılacaktır. Sanığın yurt dışında olması, başlı başına gaip sayılmasına neden olmayacaktır. Sanığın yurt dışında yaşadığı belli olup, yurt dışındaki adresinin bilinmemesi ve tespit edilememesi halinde sanık gaip sayılacaktır. Sanığın yurt dışındaki adresi mahkemece bilinmemekle birlikte, kolluk araştırması ya da uluslararası adli yardım talebi yoluyla adresi belirlenebilen sanık peşinen gaip kabul edilemez. Bu konudaki sanığa tebligat yapılamıyorsa veya bulunduğu ülke geri vermeyi kabul etmemişse bu kişi gaip sayılabilir. Yurt dışında bulunan sanığın bir şekilde mahkemeye getirilmesinin mümkün olmaması da gaip sayma nedenlerindedir. Yine tebligat yapılmamış olmakla birlikte, yurt dışında olup getirilmesi uygun bulunmayan sanık da gaip sayılacaktır. CMK'nun 244. maddesindeki “yurt dışında bulunup da... getirilmesi uygun bulunmayan sanık gaip sayılır.” şeklinde düzenlenen netlik taşımamaktadır. Eski CMUK'nun 269. maddesinde bu husus “yabancı memlekette sakin olup da davetin neticesiz kalacağı kuvvetle anlaşılan sanık” şeklinde daha açık belirtilmişti. Yurt dışında bulunup da getirilmesi uygun bulunmamak tabirinin, duruşmaya gelmesi halinde sanık için işini kaybetme ihtimalinin yüksek olması , ya da getirilmenin çok büyük masraf ya da külfetler doğurması gibi durumları kapsadığı doktrinde belirtilmektedir⁴¹. Düşüncemizce yurt dışında bulunan ve gelemeyecek kadar hasta olan

³⁸ Mülga CMUK'nun 269. maddesinde gaiplik için sanığın meskeninin bilinmemesi şartı aranmaktaydı. Kanunun mesken sözcüğünü ikametgah yerine bilinçli şekilde kullandığı kabul edilmekte ve mesken ile konut dahil bütün adreslerin kastedildiği düşüncesi kabul görmekteydi.

³⁹ Yargıtay 13. Ceza Dairesi'nin cep telefon numarası bilinen sanık açısından istisna bir durum sayılan gaipliğin söz konusu olamayacağı anlamına gelen 02.02.2012 tarihli 2011/27923 Esas ve 2012/2008 Karar sayılı kararının ayrıntısı için bkz. (<http://www.adalet.org>. erişim tarihi 10.06.2013).

⁴⁰ Bkz. KUNTER, s.97, dpn.183.

⁴¹ ÜNVER/HAKERİ, s. 697.

sanığın da durumunun tıbbi belgelerle teyit edilmesi halinde, bu konumda değerlendirilmesi uygun olacaktır.

Gaip sanık duruşmaya gelemeyen sanık konumunu taşıırken, kaçak sanık kendi isteği ile duruşmaya gelmeyen sanığı ifade eder. Gaip sanık ile kaçak sanık arasında, niyet ve içi dünya açısından farklılık bulunmaktadır. Kaçak sanık yurt içinde veya dışında saklanan ve muhakemeye bilerek katılmayan kişiyi ifade etmektedir. CMK'nun 247. maddesinde kaçaklık kavramı, hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişi biçiminde açıklanmaktadır. Doktrinde, *"...kaçak sıfatı verilerek yokluğunda kovuşturmaya devam edilen sanığın aslında kaçmadığı, yalnızca hakkındaki kovuşturmadan haberdar olmadığı için gelmediği sonradan anlaşıldığı takdirde, yokluğunda yapılan bütün esaslı işlemlerin tekrarlanmasına azami önem gösterilmelidir. Bu tekrar, göstermelik değil, gerçek bir tekrar olmalı, tanıklar tekrar dinlenmeli, belgeler tekrar okunmalıdır..."* şeklindeki anlatımla kaçak sayılabilmek için duruşmaya bilinçli şekilde gelmeme ve muhakemeye katılmama konumunun bulunması gerekliliğine dikkat çekilmektedir⁴². Kısaca duruşmaya bilerek katılmayan ve katılmama isteğini sürdüren sanık kaçak olarak kabul edilecek ve kaçak sanık hakkında da güvence belgesi verilmesi mümkün olacaktır.

2) Tutuklama Koşullarının Gerçekleşmiş Bulunması:

Güvence belgesi gaip veya kaçak sanığın tutuklanmayacağı sözünü ya da teminatını içerdiğinden süren kovuşturma açısından güvence belgesi verilebilmesi için tutuklama koşullarının bulunması gerekmektedir⁴³. Tutuklama koşullarının doğmamış bulunması halinde, güvence belgesi verilmesinin bir anlamı olmayacağı gibi düşüncemizce buna yasal olanak da yoktur. Çünkü CMK'nun 246. maddesinin 1. fıkrasında güvencenin sanığına *"tutuklanmayacağı hususunda"* verileceği açık biçimde düzenlenmiştir. Tutuklanması mümkün olmayan sanığa güvence belgesi verilebileceğini kabul etmek, kanunun açık hükmüne aykırılık taşıyacaktır. Ayrıca tutuklanma imkanı bulunmayan sanığa güvence belgesi verilebileceğini kabul etmek kanun koyucunun abesle iştiğal etmeyeceği yolundaki genel ilkeyle de uyumsuzluk oluşturur. Tutuklanamayacak kişiye tutuklamama güvencesi verilmesinin anlamlı olmayacağı izahtan varestedir.

⁴² FEYZİOĞLU, Metin, "5271 Sayılı Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler", (<http://www.feyzioglu.av.tr> Erişim Tarihi 10/06/2013).

⁴³ BALCI, s.110, ÖZTÜRK, s.140.

3) Tutuklama Yasaklarının Bulunmaması:

Güvence belgesi tutuklamama sözü ve teminatı içerdiğine göre, güvence belgesi verilebilmesi için tutuklama yasaklarının bulunmaması gereklidir. Tutuklama yasaklarının bulunması halinde, ilgilinin tutuklanması mümkün bulunmayacağından kendisine bu konuda güvence belgesi verilmesi anlamsızdır. CMK'nun 100. maddesinin 4. fıkrasında yalnızca adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceği hükme bağlanmaktadır(02/07/2012 değişiklikle bir yıl olan üst sınır iki yıla çıkartılmıştır). Yine Çocuk Koruma Kanununun 21. maddesi gereği 15 yaşını doldurmamış çocukların üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemeyeceği hükme bağlanmaktadır. Bu gibi tutuklama yasaklarının bulunması halinde gaip veya kaçak sanığa tutuklanmayacağı yolunda güvence belgesi verilmesine olanak bulunmadığı düşüncesindeyiz⁴⁴.

4) Kovuşturma Safhasına Geçilmiş Olması:

Güvence belgesinin sanık sıfatını taşıyanlara verilebileceği ve sanıklık sıfatının yeni CMK'nun düzenlemesi gereğince iddianamenin kabulü ile başlaması, güvence belgesi verilebilmesi için kovuşturma safhasına geçilmesini gerekli kılmaktadır. Kanunun açık düzenlemesi karşısında kovuşturma safhasından önce güvence belgesi verilmesi düşünülemez. Ancak güvence belgesi verilebilmesi için duruşma evresinin başlamasının gerekli olmadığı düşüncesindeyiz. Duruşma hazırlığı sürecinde de sanığın gaiplik ya da kaçaklık sıfatını taşıdığı belirlenmesi halinde güvence belgesi verilebileceği görüşündeyiz. Güvence belgesi sanığın duruşmaya katılımını sağlamak amacıyla yönelik olduğuna göre, duruşma evresine girilmeden konununun saptanarak güvence belgesi verilebilmesinin ceza muhakemesinin amaçlarına daha uygun düşeceğini değerlendiriyoruz. Kovuşturma aşamasına geçildikten sonra duruşma evresi gelmeden güvence belgesi verilmesi mümkün olmalıdır.

5) Kovuşturma Yapan Mahkemece Verilebilmesi

CMK'nun 246. maddesinde güvence belgesinin mahkemece verilebileceği açıkça belirtilmiştir. Kovuşturma iddianamenin kabulü ile başlayacağından ve sözü geçen maddede güvence belgesinin mahkeme tarafından verileceği hükme bağlandığından, kovuşturmayı yapan mahkemenin

⁴⁴ Tutuklama yasakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEN/ÖZDEMİR, tutuklama yasakları başlığı altındaki açıklamalar.

güvence belgesi verilmesi konusunda tek yetkili mercii olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁵. Gaip ya da kaçak sanığa güvence belgesinin kovuşturmayı yürüten mahkeme tarafından verilmesi gerekmektedir.

VI) GÜVENCE BELGESİNİN ŞARTA BAĞLANMASI:

Mahkeme gaip ya da kaçak sanığa vereceği güvence belgesinde bazı şartlar öngörebilir. CMK'nun 246. maddesinin 1. fıkrasında güvence belgesinin koşullara bağlanabileceği belirtilmektedir. Öncelikle belirtmeliyiz ki, güvence belgesinin şarta bağlanması bir zorunluluk değildir. Mahkeme gerekli görürse güvence belgesini şartlara bağlayabilecektir. Mahkemenin şartları belirlemede serbestisi bulunmaktadır. Bununla birlikte güvence belgesinin sanık açısından özgürlük genişleten bir boyutu bulunduğu göz önünde tutulduğunda sanığın şahsi özgürlüğünü sınırlandırıcı şart konulması düşüncemizce mümkün değildir⁴⁶. Sanık açısından, örneğin belirli bir süre gözaltında kalmak gibi bir şart öngörülemez⁴⁷. Yine güvencenin amaca uygun olması ve gaip ile kaçak sanığı duruşmaya gelmekten vazgeçirecek ağırlık ve türde bir koşul içermemesi gerekir⁴⁸. Örneğin yurt dışında olan ve yaptığı iş itibarıyla bir ay izin alabilecek konumda olan sanığa, en az üç ay süreyle duruşmalara katılmak gibi uyulması mümkün olmayan bir koşulu öngörmek doğru olacaktır. Mülga CMUK'nun 28. maddesinde güvence belgesinin sanığı sadece verildiği suç nedeniyle tutuklamaktan koruyacağı yolunda hüküm bulunmaktaydı. Yeni CMK'nun 246. maddesinde bu düzenleme yer almamıştır. Güvence belgesinin şarta bağlanabilme özelliğini kullanarak verilecek güvence belgesinde sadece muhakeme konusu olan suçtan dolayı tutuklamayı engelleyeceği ve başka suçlardan dolayı tutuklamanın mümkün olduğuna ilişkin bir şart konulup konulmayacağı sorusu akla gelebilir. Düşüncemizce güvence belgesinin sadece yargılamaya konu suçu kapsadığına ve başkaca suçlar için güvence belgesinin geçerli olmayacağına ilişkin bir şart konulamaz. Mülga Kanunda açıkça yer alan bir düzenlemenin Yeni Kanunda yer almış olması dikkate alındığında mahkemenin böyle bir koşul koyması, yasa koyucunun iradesinin ilerisine geçmek anlamı taşıyacaktır. Bu nedenle mahkemenin böyle bir şart getiremeyeceği görüşünderiz.

Gaip ya da kaçak sanığa tutuklamama güvencesi verilirken belli bir teminat ödenmesi koşulu da öngörülebilir. Teminatın mali, nakdi olması mümkün bulunduğu gibi, banka teminat mektubu ile de teminat verilmesi

⁴⁵ BALCI, s.111.

⁴⁶ Aynı yönde ÖZBEK, s.931.

⁴⁷ Aynı yönde BALCI, s.112.

⁴⁸ Aynı yönde ÜNVER/HAKERİ, s.698.

mümkündür. Burada da dikkat edilmesi gereken hususun teminatın gaip ya da kaçak sanığın yargılamaya gelmesini engelleyecek yükseklikte bulunmaması ve makul çizgiler içerisinde tutulma gerekliliğidir.

Kanun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere güvence belgesi verilmesi mağdurun zararının giderilmesi koşuluna da bağlanabilecektir⁴⁹. Mağdurun zararının giderilmesi koşulu, ceza muhakemesinde gelişen mağdurun korunması yaklaşımıyla da uyumlu olduğundan düşüncemizce böyle bir koşulun öne sürülmesi yararlı olabilecektir.

VII) GÜVENCE BELGESİ VERİLMESİ MUHAKEMESİ:

Bir suç isnadının araştırılması ve sanığın suçu işleyip işlemediğinin belirlenmesinin ve işlemiş ise cezasının saptanması asıl ceza muhakemesi olarak ifade edilmektedir. Asıl ceza muhakemesi sonunda sanığın suç işlediği ortaya çıkarsa, ceza yaptırımı gündeme gelecektir. Asıl ceza muhakemesi olarak adlandırılan bu süreçte yan(tali) sorunların çözülmesi gerekebilir. Bu sorunların çözülmesi için de asıl muhakeme süreci içerisinde yan(tali) muhakeme süreçlerine gereksinim duyulabilir. Bu tür muhakeme süreçlerine tali muhakeme adı verilmektedir⁵⁰.

Güvence belgesi verilmesi sanığın suçu işleyip işlemediğinin tespitine yönelik olmadığı için, tali muhakeme türü olarak anlaşılmalıdır. Bu tali muhakeme sürecinde mahkeme sanığın öncelikle gaip veya kaçak konumu taşıyıp taşımadığını belirlemelidir. Mahkemenin kendisi yapacağı ya da kolluk veya savcılık aracılığıyla yaptıracağı araştırma sonrasında sanığın gaip veya kaçak sıfatı taşıyıp taşımadığı tespit edilecektir. Mahkemenin sanığı gaip ya da kaçak kabul edip etmemesi bir hükümdür. Mahkeme tali muhakeme süreci sonunda sanığın gaip ya da kaçak niteliği taşıyıp taşımadığı yolunda öncelikli bir hükme ulaşacaktır. Uygulamada sanığın gaip ya da kaçak sıfatı taşıyıp taşımadığının mahkemece fiilen tespit edildiği ve bu konuda ayrıca bir karar verilmediği görülmektedir. Mahkemenin sanığın gaip ya da kaçak olup olmadığı konusunda ulaşacağı hükmü bir karara bağlamasının faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Mahkemenin tali muhakeme süreci sonucunda ulaşacağı hükümde “sanığın gaip ya da kaçak olduğunun tespitine” biçiminde bir karar vermesinin, bu konuda ulaştığı hükmün bilinmesi ve tereddütlerin giderilmesi açısından yararlı, hatta gerekli olduğu düşüncesindeyiz. Mahkemenin sanığın

⁴⁹ “...Bu güvence belgesi, örneğin mağdurun zararını giderme gibi koşullara bağlanabilecektir...” biçimindeki gerekçe için bkz. (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr> erişim tarihi 13/06/2013).

⁵⁰ KUNTER, s.694.

gaip ya da kaçak olup olmadığını belirledikten sonra yukarıda belirtilen koşulların oluşup oluşmadığını da tali muhakeme sürecinde belirlemesi gerekmektedir. Sanığın gaip ya da kaçak olduğunun tespiti ve yukarıda belirtilen şartların da bulunması halinde sanığa tutuklanmaması konusunda bir güvence belgesi verebilmesi mümkündür. Gaip ya da kaçak sanığa tutuklanmayacağı konusunda bir güvence belgesi verilmesi tali muhakeme sonucunda ulaşılabilecek bir hüküm niteliği taşıdığından mahkemenin bu hükmünün bir karar yoluyla açıklaması doğru olacaktır.

Güvence belgesi verilmesinin ihtiyari yetki niteliği taşıdığı söylenmelidir. Mahkeme tali muhakeme sürecinde sanığın gaip ya da kaçak olduğunu tespit etmekle, ve ayrıca koşullarının bulunduğu kanaat getirmekle birlikte güvence belgesi vermemek yoluna gidebilir. Bu sonuç, CMK'nun 246. maddesindeki "mahkeme... bir güvence belgesi verebilir" biçimindeki ifadeden çıkmaktadır. Mahkeme açısından güvence belgesi verilmesi bir zorunluluk değildir. İhtiyari yetki alanında kalmakla birlikte, güvence belgesinin amaçları değerlendirildiğinde asıl muhakeme süreçlerinin doğru biçimde sonuçlandırılabilmesi açısından, mahkemelerin takdirinin güvence belgesi verilmesi yönünde kullanılmasının uygun olacağı düşüncesindeyiz. Öztürk; "246. madde şimdiye kadar sadece 8 defa uygulandı. Eski CMK'nun 288. maddesinde de bu uygulama vardı. Bu madde firardaki sanıkları hakim karşısına çıkarabilmenin yoludur. 4(dört) yıldır kaçak durumda bulunan sanık için CMK'nun 246. maddesinin uygulanması isabetli bir karardır. Daha önce eski ... Belediye Başkanı ... yurt dışına kaçtıktan sonra avukatları aracılığıyla bu maddeden yararlanıp tutuksuz yargılanmak istediğini söyledi; ancak mahkememiz buna yanaşmadı. Sonra ne oldu? Dava zamanaşımına uğrayınca düştü."⁵¹ biçimindeki anlatımda güvence belgesi verilmemesinin neden olabileceği olumsuzlukları net biçimde ifade etmektedir. Devlet ya da toplumun cezalandırma hakkının yaşama aktarılması ve sanığın da savunma hakkını kullanabilmesi ve aklanabilme olanağına kavuşması açısından, koşullar oluştuğunda, ihtiyari yetkinin güvence belgesi verilmesi yolunda kullanılmasının yararlı olacağı düşüncesindeyiz.

Birleşmiş Milletler Savcılarının Rolüne Dair Yönergede "Savcılar, ulusal hukuka uygun olarak ve sanıkların ve mağdurların haklarına bütünüyle saygı göstererek, devletlerin tutuklamanın aşırı kullanılmasından ve ayrıca hapisliğin olumsuz sonuçlarından kaçınmak için değişik usulleri kabul etme imkanını araştırırlar" düzenlemesi bulunmaktadır. Mahkemeler tarafından güvence

⁵¹ (<http://www.zaman.com.tr> erişim tarihi 11/06/2013).

belgesi verilmesi konusundaki ihtiyari yetkinin yeterince kullanılmaması ve gaip ile kaçak sanıklara tutuklanmayacakları yolunda güvence belgesi verilmesi yoluna yeterince gidilmemesi, ülkemizin tutuklama tedbirini aşırı kullandığı yolunda uluslararası eleştirilere de neden olacaktır⁵².

Güvence belgesi verilmesi bir tali muhakeme olup, tali muhakemenin bir kararla sonuçlanması asıldır. Mahkemenin güvence belgesi verilmesi muhakemesini re'sen başlatmasının mümkün olduğu gibi, savcının ya da sanığın talebiyle⁵³ başlatması da mümkündür. Düşüncemizce katılanın da sanığa güvence belgesi verilebilmesini talep etmesi mümkündür. Çünkü güvence belgesi ile gaip veya kaçak sanığın muhakemeye gelmesi ve asıl ceza muhakemesinin hızlandırılması mümkün olacaktır. Katılanın sanığa güvence belgesi verilmesi suretiyle muhakemenin hızlandırılmasında faydası ve hukuksal menfaati bulunmaktadır. Güvence belgesi verilmesine ilişkin tali muhakemede savcının bu konudaki görüş ve mütalaasının alınması gerektiği hususu da tartışmadan uzaktır. Tali muhakeme sonucunda mahkemenin güvence belgesi verilip verilmeyeceğine ilişkin hükmü bir karar şeklinde ifade bulunmalıdır. Doktrinde bu kararın, bir ara karar şeklinde verilmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁴. Mahkemenin bu konudaki vereceği karar asıl muhakeme sürecini sonuçlandıran bir karar olmayacağından bu görüşün doğruluğu kabul edilebilir. Yine doktrinde mahkemelerin uygulamada güvence belgesini değişik iş kararlarıyla verebildikleri ve bu yöntemin doğru olmadığı da savunulmaktadır⁵⁵. Değişik iş kararı ile ifade edilen şeyin mahkemelerin evrak üzerinden verdikleri kararlar olduğu görüşünderiz. Mahkemeler uygulamada işin esasına girmeden bazı kararları evrak üzerinden vermekte ve bu tür kararları değişik iş olarak numaralandırmaktadır. Öyle ise, değişik iş kararı evrak üzerinden verilen kararları ifade etmektedir. Tali muhakeme asıl ceza muhakemesinin sonuca ulaşmasında önem taşıyan bir muhakeme türüdür. Bu nedenle mahkemelerin tali muhakemeyi duruşma açarak ve asıl ceza muhakemesinin amacına uygun biçimde sürdürmeleri gerekliliği muhakkaktır. Bu nedenle güvence belgesinin verilmemesi hükmü ile sonuçlanan tali muhakemenin evrak üzerinden yapılmaması düşüncesine

⁵² KATOĞLU, s.27.

⁵³ Gaip ve kaçak sanık duruşmada bulunamayan ya da bulunmayan bir konum taşıdığına göre, sanığın bu talebi bizzat hazır bulunarak mahkemeye iletmesine olanak bulunmamaktadır. Ancak sanık bu talebini yazılı olarak mahkemeye gönderebileceği gibi, vekili ya da müdafii aracılığıyla da mahkemeye iletilecektir.

⁵⁴ BALCI, s.115.

⁵⁵ BALCI, s.115.

katıyoruz. Çünkü, burada hak sınırlayıcı bir durum bulunmaktadır. Fakat, güvence belgesi verilmesi sanık açısından hak ya da özgürlük genişletici bir konuma sahiptir. Bu nedenle koşulları varsa mahkemenin evrak üzerinden yapacağı bir inceleme ile güvence belgesi vermesinde bir sakınca bulunmadığı kanaatindeyiz.

Mahkemenin herhangi bir karar almaksızın güvence belgesi vermesi halinde, görünürde bir karar bulunmamakla birlikte, mahkemenin zımnen bu konuda olumlu bir karar vermiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

VIII) GÜVENCE BELGESİNİN HÜKÜMSÜZ KALMASI:

CMK'nun 246. maddesinin 2. fıkrasında sanığın hapis cezası ile mahkum olması veya kaçmak hazırlığında bulunması ya da mahkemece öngörülen koşullara uymaması halinde güvence belgesinin hükümsüz kalacağı belirtilmiştir. Buna göre güvence belgesinin üç şekilde hükümsüz kalması mümkündür:

1- Sanığın Hapis Cezası İle Mahkum Olması:

Sanığın hapis cezası ile mahkum olması halinde güvence belgesi hükümsüz kalacaktır. Düşüncemizce buradaki mahkumiyet terimi kesinleşmiş bir hükmü ifade etmemektedir. Kesinleşmiş mahkumiyet ile sanık sıfatı bitecek ve kişi hükümlü sıfatını alacaktır⁵⁶. Oysa düzenlemede sanığın hapis cezası ile mahkum olması ibaresi bulunmaktadır. Demek ki, kanun koyucu sanıklık sıfatı bitmeden güvence belgesinin hükümsüz kalmasını sağlamaya yönelik bir kural getirmiştir. Aksi halde kanun koyucunun kullandığı sanık deyiminin bir anlamı kalmayacaktır. Bu nedenle kararın kesinleşmesine gerek bulunmadığı görüşündeyiz. Bu düzenlemenin doktrinde eleştirilere neden olduğu görülmektedir. Güvence belgesine itibar ederek mahkemeye gelen sanığa hüküm verilmesi halinde belgenin değerden düşmesinin verilen teminatın ortadan kaldıracağı ve bunun kurumun anlamının kaybolması sonucunu doğuracağı belirtilmektedir⁵⁷. Mahkumiyet kararıyla birlikte sanığın tutuklanması halinde güvencenin ortadan kalktığı doğrudur. Ancak karar ile birlikte asıl muhakeme süreci bir hükme ulaşmış bulunmaktadır. Güvence

⁵⁶ İlk derece mahkemesi tarafından hakkında temyiz edilebilir (veya istinafa başvurulabilir) bir mahkumiyet kararı verilen kişi dahi, mahkumiyet hükmü kesinleşinceye kadar hükümlü sıfatını almaz; sanıklık sıfatı devam eder (CMK md. 2/1-b) ve suçsuzluk karinesinden yararlanır. FEYZİOĞLU/OKUYUCU ERGÜN, s.37.

⁵⁷ ÖZTÜRK, s.148.

belgesi gaip ya da kaçak sanığın muhakemeye katılmasını sağlamaya yöneliktir. Hüküm ile birlikte sanık muhakemeye katılmış ve yasal zeminde savunmasını yapmış olmaktadır. Hükümden sonra da tutuklanmayacağı garantisini vermek, bu konuda gaip ve kaçak sanık ile muhakeme sürecine gelerek dahil olan diğer sanıklar arasında bir fark ve eşitsizlik oluşturacaktır. Yüksek cezaya mahkum olan ve cezanın niteliği itibarı ile ileride infaz sürecine uymayacağı görülen sanık için, koşulları mevcut ise, tutuklama tedbirine başvurulmasında bir sakınca bulunmadığı kanaatindeyiz. Tutuklama tedbirinin yerinde ve istisnai biçimde kullanılması gerektiğini bu vesileyle yeniden belirtmek istiyoruz. Güvence belgesi almış bulunan sanığın hükümlerle tutuklanmayacağı düşüncesi, bu konuda gaip ve kaçak sanıklara, muhakemeye gelerek katılan diğer sanıklara oranla daha yüksek bir teminat sunmak sonucunu doğuracaktır. Bu, anayasal eşitlik ilkesine de uygun olmayacaktır. Yerinde ve doğru biçimde kullanılmak koşuluyla güvence belgesi verilmiş olan sanığın hükümlerle birlikte tutuklanabileceği düşüncesindeyiz. Anlattığımız gerekçelerden dolayı bu konudaki eleştirilere katılmadığımızı belirtiyoruz. Ancak mahkumiyet kararı verilmesi halinde güvence belgesinin hükümsüz kalıp kalmayacağı yolunda mahkemeye takdir alanı bırakan bir düzenlemenin daha yerinde olacağını da değerlendiriyoruz⁵⁸.

2- Sanığın Kaçma Hazırlığında Bulunması:

Sanığın kaçma hazırlığında bulunması halinde de güvence belgesi hükümsüz kalacaktır. Kaçma, hem yurt dışına kaçmayı hem de yurt içinde bulunamayacak biçimde gitmeyi ve saklanmayı içermektedir. Kaçma olgusu somut olayın özelliklerine göre her seferinde ayrı ayrı belirlenmelidir. Bu yapılırken sanığa yöneltilen suçun türü, sanığın kişiliği, yaşam şartları, suç işledikten önceki ve sonraki davranışları arasındaki farklılıklar göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁹. Kaçma hazırlığında olmak, sanığın muhakemeden uzaklaşmak ve kendisine ulaşılmasını engellemek amacıyla yurt dışında ya da içinde saklanmayı ve uzaklaşmayı gösteren somut olgu ve bulguların bulunması şeklinde yorumlanmalıdır. Sanığın kaçma hazırlığında bulunması şeklindeki tabirin sınırları geniş bir çerçeveye sahip olduğu görülmektedir. Bu nedenle somut olgu ve bulguların değerlendirilmesi doğru olacaktır. Mahkemece güvence belgesi verilmesinden sonra kaçma hazırlığı yönünde somut olguların tespiti durumunda güvence belgesi hükümsüz kalacaktır. Bu

⁵⁸ Güvence belgesinin mahkumiyet kararıyla birlikte otomatikman hükümsüz kalıp kalmayacağı sorunu bu ana başlık altında ve 4 nolu alt başlıkta tartışılacaktır.

⁵⁹ TURHAN, s.222.

düzenlemenin güvence belgesi kurumunun uygulama alanını önemli ölçüde daralttığı savunulmaktadır⁶⁰. Bu görüşe katılıyoruz. Çünkü kaçma şüphesi aynı zamanda bir tutuklama nedenidir. Tutuklamama teminatı anlamına gelen güvence belgesinde böyle bir hükümsüzlük nedeninin öngörülmesi çelişki oluşturmaktadır. Ayrıca kaçma hazırlığı geniş yoruma müsait bir kavramdır. Bu durumda mahkemeler herhangi bir nedenden dolayı vermiş oldukları güvence belgesinin hükümsüz kaldığına karar verebileceklerdir. Böylece, zaten son derece sınırlı kullanılan güvence belgesi kurumu uygulama dışına çıkmış olacaktır. Görüşümüzce de bu düzenlemenin kanundan çıkartılması faydalı olacaktır. En azından savunmasını yapmış olan sanığın kaçma hazırlığında bulunması halinde belgenin hükümsüz kalacağı yolunda bir düzenleme yapılmasının faydalı olacağı düşüncesindeyiz. Bu durumda sanık savunmasını yapma konusunda daha rahat hareket edebilecektir.

3- Sanığın Güvence Belgesinde Öngörülen Şartlara Uymaması:

Sanığın güvence belgesinde öngörülen koşullara uyması gerekmektedir. Koşulların makul belirlenmesi gerekliliğini yukarıda işaret etmiştik. Makul belirlenemeyen koşul gerçekte bir koşul değildir. Sanık mahkemece öngörülen koşullara uymadığında güvence belgesi hükümsüz kalacaktır. Ancak sanığın öngörülen koşullara, kusurlu bir hareketi nedeniyle uymaması hükümsüzlüğü doğuracaktır. Örneğin sanığın sağlık problemleri nedeniyle koşullara uymaması düşüncemizce bir kusur olarak değerlendirilmez.

4-Güvence Belgesinin Hükümsüz Kalmasının Bir Karar Gerektirip Gerektirmeyeceği Sorunu:

Güvence belgesinin kendiliğinden mi hükümsüz kalacağı, yoksa mahkemesince bu konuda bir karar verilmesinin gerekip gerekmeyeceği sorusu akla gelebilir. Kanunun düzenlemesinde sanığın mahkum olması ile birlikte güvence belgesinin hükümsüz kalacağı düzenlenmektedir. Gerekçede yer alan “*sanık hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum olur veya kaçma hazırlığında bulunur veya güvence belgesinin bağlı olduğu koşullara uymazsa belge hükümsüz kalır*” şeklindeki ifadeden de mahkumiyet kararıyla birlikte yeni bir karara ihtiyaç bulunmaksızın, belgenin kendiliğinden hükümsüz kalacağı sonucu çıkmaktadır. Yukarıda mahkemelere hüküm ile birlikte güvence belgesinin geçerliliğinin devam edip etmeyeceği konusunda bir takdir hakkı tanınmasının faydalı olacağını belirtmiştik. Bununla birlikte kanunun açık düzenlemesi karşısında, mahkumiyet hükmü ile birlikte güvence belgesinin

⁶⁰ BALCI, s.114.

otomatikman hükümden düşeceğini kabul etmek doğru bir yorum tarzı olacaktır. Mahkemenin mahkumiyet hükmüyle birlikte “güvence belgesinin hükümsüz kaldığının tespitine” şeklinde bir kararla, güvence belgesinin hükmünün kalıp kalmadığı yolunda bir tespit yapmasının, yanlış anlamalara sebebiyet vermemesi açısından yararlı olacağını değerlendiriyoruz.

Güvence belgesinin sanığın kaçma hazırlığında bulunması nedeniyle hükümsüz kalıp kalmadığının mahkeme kararıyla belirlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Çünkü, daha önce belirttiğimiz üzere kaçma hazırlığında bulunma koşulunun oluşabilmesi için somut bulgu ve olguların varlığı gerekmektedir. Bu somut bulgu ve olguların sanığın kişiliği, yaşam biçimi, suç öncesi ve sonrası davranış biçimleri ile birlikte değerlendirilmesi doğru olacaktır. Bir sanık için kaçma hazırlığı anlamına gelen bir davranış tarzı, bir başka sanık için aynı manayı ifade etmeyebilecektir. Bu nedenle mahkemece yapılacak bir tali muhakeme ile sanığın kaçma hazırlığında bulunup bulunmadığı doğru biçimde tespit edilmeli ve sonucuna göre belgenin hükümsüz kalıp kalmadığı belirlenmelidir. Kaçma hazırlığının varlığının mahkeme kararı olmaksızın güvence belgesini hükümden düşürmeyeceği görüşündeyiz.

Sanığın mahkemece öngörülen koşullara uymaması halinde de güvence belgesinin otomatik olarak hükümsüz kalmayacağı görüşündeyiz. Şöyle ki; şartlara uyulmamış olması her zaman sanığın kusurundan kaynaklanmayabilir. Örneğin sağlık problemleri nedeniyle, aniden ortaya çıkan bir kaza dolayısıyla ya da mücbir sebeplerden dolayı sanık şartları yerine getirmemiş olabilir. Bir doğal afet nedeniyle koşulların yerine getirilmemesinin sonuçlarının sanığa yüklenmesi hukuki ve adil bir düşünce tarzı oluşturmayacaktır. Bu nedenle mahkemenin şartlara uyulmaması halinde belgenin hükümsüz kalıp kalmadığını bir tali muhakemeyle belirlemesi gerektiği düşüncesindeyiz.

IX) KANUN YOLU:

Kural olarak hakim kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabilmekte ve mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilmesi için kanunda bu durumun açık biçimde belirtilmesi gerekmektedir. CMK'nun 248. maddesi 7. fıkrasında gaip sanığa güvence belgesi verilmesine ilişkin 246. maddenin kaçak sanıklar hakkında da uygulanabileceği düzenlenmekte ve aynı maddenin 8. fıkrasında da güvence belgesine ilişkin kararlara karşı itiraz yoluna gidilebileceği hükme bağlanmaktadır. Bu durumda mahkeme kararı olmakla birlikte, güvence belgesi verilmesine ya da verilmemesine ilişkin kararlara karşı itiraz yoluna

gidilebilecektir. İtiraz süresi yedi gün olup, süre kararın öğrenildiği günden itibaren başlayacaktır. İtiraz bir dilekçe ya da tutanağa geçirilmek koşuluyla zabıt katibine beyanda bulunmak şeklinde yapılabilecektir. İtiraz beyanının zabıt katibine başvuru üzerine, katip tarafından tutanağa bağlanması halinde CMK 268. maddesinin 1 fıkrası gereği tutanağın mahkeme başkanı ya da hakimi tarafından onaylanması gerekmektedir. İtiraz üzerine mahkeme itiraz nedenini yerinde görürse kararını düzeltecektir. Mahkeme itirazı yerinde görmezse en geç 3 gün içerisinde itirazı incelemeye yetkili mercine gönderecektir. İtiraz mercinin verdiği karar kesindir.

X) ÖNERİ VE DEĞERLENDİRMELER:

Ülkemiz uygulamasında gaip ve kaçak sanığa, tutuklanmayacağına ilişkin güvence belgesi verilmesi yoluna, çoğunlukla gidilmediği görülmektedir. Öztürk, yeni CMK'nun kabulünden günümüze kadar, on sayısının altında güvence belgesi verilmesi uygulamasına rastlanıldığını belirtmektedir⁶¹. Mahkemelerin bu yaklaşımları yargılamanın tutuksuz olması esasıyla uyumlu değildir. Bıçak, *“Buna teminat belgesi diyoruz. Bu davada uygulanması mümkündür. Esasen yargılamanın tutuksuz olması esastır. Anayasa'nın 38. maddesi suçluluğu kesinleşene kadar herkes masumdur, der. Ortada herhangi bir karar da olmadığına göre tutuksuz yargılanması normaldir. Delilleri karartma şüphesi varsa ve kaçabileceği düşünülürse tutuklama kararı verilir. Kaçakların yargı önüne çıkarılması için bu madde uygulanmalıdır. Ülkemizde tutuklama peşin ceza olarak uygulanıyor. Tutuklu kişi yargılanıp masum çıkarsa bu kez de boşa yatmış olacak ve devletten tazminat alacak. Diğer mahkemeler de bu şekilde teminatlar vererek kaçak sanıkların mahkemeye çıkmasını sağlayabilir.”* biçimindeki sözleriyle güvence belgesi verilmesinin önemine dikkat çekmektedir. Bu konudaki yasal olanağın kullanılarak, mahkemelerin gaip ya da kaçak sanığın muhakemeye katılabilmesi için, güvence belgesi verilmesi uygulamasını genişletmelerinde fayda olacağı düşüncesindeyiz.

Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere güvencenin koşula bağlanması durumunda mahkemeye koşulun tür ve miktarını değiştirme ya da kaldırma veya arttırma, azaltma yetkisinin verilmemiş olması yasal bir eksiklik⁶². Mahkemece koşulların değiştirilebilmesi, sanığın muhakemeye katılabilmesi için değer taşımaktadır. İçinde bulunduğu durum nedeniyle

⁶¹ (<http://www.zaman.com.tr> erişim tarihi 14/06/2013).

⁶² ÜNVER/HAKERİ, s. 698 vd.

öngörülen koşula uyamayan sanık açısından yeni konumuna uygun bir koşul öngörülebilmesi, sanığın muhakemeden kaçması yerine katılımını sağlayacaktır.

Yine doktrinde de belirtildiği üzere eski CMUK'nun 288. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ve güvence belgesinin sadece verildiği suçtan dolayı sanığı koruyabileceğine ilişkin düzenlemesinin yeni CMK bünyesinde yer almaması da hatalı olmuştur⁶³. Mevcut düzenleme açısından da güvence belgesi hangi suç için verilmişse yalnızca o suç için tutuklanmama teminatı doğacağı savunulmaktadır⁶⁴. Düşüncemizce bu görüş kabul edilemez, çünkü Yeni Kanunda, Eski Kanunda yer alan bu düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucunun kaldırdığı bir düzenlemenin yürürlükteymiş gibi yorumlanması, yargısal yorumun sınırlarını aşacaktır. Görüşümüzce de bu konudaki eski düzenlemenin yaşama geçirilmesi güvence belgesi verilmesini kolaylaştıracaktır. Çünkü bir mahkeme tarafından verilen güvence belgesi tüm mahkemelerdeki yargılamaları kapsar biçimde yorumlanabileceğinden, mahkemeler birbirlerine etkilememek gerekçesi ile güvence belgesi vermekten kaçınabilecektir. Bu nedenle mahkemelerin güvence belgesi verme uygulamasına giderken sanığın başkaca suçlardan yargılanıp yargılanmadığının araştırılması ve yargılama varsa ilgili mahkemelerden güvence belgesi verilmesinde sakınca bulunup bulunmadığını sormasında fayda bulunduğu kanaatini taşıyoruz.

Güvence belgesinin hükümsüz kalması başlığı altında da açıkladığımız üzere belgenin kaçma hazırlığı ya da koşullara uyulmaması nedeniyle hükümsüz kalıp kalmadığı konusunun, mahkemesince tali muhakeme yoluyla değerlendirileceğine ilişkin bir yasal düzenleme yapılmasının da, gerekli ve yararlı olacağı görüşündeyiz.

Sanığın kaçma hazırlığında bulunması güvence belgesinin hükümsüz kalması nedenlerinden biri olarak düzenlenmiştir. Kaçak sanık bir anlamda bilgi ve isteği ile muhakemeye katılamayan sanıktır. Bu nedenle kaçma hazırlığının güvence belgesinin hükümsüz kalmasını sağlayan bir neden olarak kanunda yer bulması çelişki oluşturmaktadır. Kaldı ki, kaçma şüphesi tutuklama nedenlerindedir ve güvence belgesi verilebilmesi için zaten tutuklama koşullarının varlığı gereklidir. Güvence belgesi verilebilmesi için gerekli bir koşulu, aynı zamanda onun hükümsüz sayılmasının şartı olarak

⁶³ ÜNVER/HAKERİ, s.699.

⁶⁴ SOYASLAN, s.470.

kabul etmek izahtan uzaktır. Ayrıca kaçma hazırlığı kavramı geniş bir yorum olanağı vermektedir⁶⁵. 2012 yılında ... ilinde yapılan bir yargılamada başka suçtan cezaevinde bulunan sanığın kaçma kuşkusuyla tutuklanması başına “*Cezaevindeyken kaçma şüphesiyle tutuklandı!*” biçimindeki başlıkla aksetmiştir⁶⁶. Kavramın geniş yorumlanabilme özelliği, ülkemizi, gerek iç hukuk, gerekse uluslararası hukuk alanında zor durumlara düşürebilmektedir. Eğer kanunda yer alacaksa sanığın kaçacağı konusunda somut bulgu ve olguların mevcut olması biçiminde bir düzenleme yapılmasının daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. Yine mutlaka kanunda yer bulacaksa, en azından savunmasını yapmış olan sanığın kaçma hazırlığında bulunması halinde, belgenin hükümsüz kalacağı yolunda bir değişiklik yapmanın faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

Muhakeme sürecinin kovuşturma safhasından ibaret bulunmadığı açıktır. Güvence belgesi verilmesi uygulamasının soruşturma evresinde kullanılmaması için hiçbir neden bulunmamaktadır. Yine şüpheli sıfatı taşıyanlar açısından güvence belgesi verilmesi mümkün olmalıdır. Bakırköy 7. Ağır Ceza Mahkemesinin esas numarasını tespit edemediğimiz S.A. ile ilgili kararında tutuklama korkusunun muhakemeye katılmayı engelleyebildiği vurgulanmıştır⁶⁷. Mahkemenin bu tespitinin haklı ve yerinde olduğu kanaatindeyiz. Soruşturma evresinde de şüphelilerin tutuklanma korkusuyla savunma vermeye gelmedikleri ve bu nedenle dosyaların uzun süre sürüncemede kaldığı uygulamada sıklıkla görülmektedir. Hatta bu nedenle bazı dosyalar zamanaşımına uğramaktadır. Zamanaşımına uğrayan soruşturma dosyaları, cezaların caydırıcılığı ilkesinin hayata geçirilmesini engellemekte ve adalete olan güven duygusunu zedelemektedir⁶⁸. Günümüzde modern devletler, soruşturma evresinde de kişi özgürlüklerinin güvenceye alınmasına önem vermekte ve bu konuda savcılara büyük görev yüklemektedir⁶⁹. Güvence belgesi, yakalama ve tutuklama yoluna başvurmadan soruşturmayı tamamlayabilmesi için, savcıya büyük bir fırsat verecektir. Bu nedenle güvence belgesi verilmesi uygulamasının soruşturma evresini kapsar biçimde genişletilmesinin muhakeme sürecinin amacına ulaşması açısından yerinde olacağını değerlendiriyoruz.

⁶⁵ Kaçma şüphe ve hazırlığının büyük ölçüde yorum ve takdire olanak bıraktığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞKIN, s.275.

⁶⁶ Yüksekova Haber Gazetesi 18 Ekim 2012.

⁶⁷ (<http://www.haberturk.com.tr>, erişim tarihi 14/06/2013).

⁶⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖMEROĞLU, s.357 vd.

⁶⁹ Bkz. MYJER/HANCOCK/COWDERY, s. 117.

SONUÇ:

Ceza muhakemesinde mutlak gerçekliği bulmak amaç edinilmektedir. Bu amacı gerçekleştirmek için ceza muhakemesi tez ve antitezin ortaya konulmasına ve bu şekilde ortaya çıkacak çelişme yoluyla gerçeğe ulaşılmasına çalışacaktır. Tezin karşısında savunma antitezi oluşturacaktır. Sanık ifadesi bir savunma aracı olduğu kadar, bir delil elde etme aracı niteliğini de taşımaktadır. Bazen sanığın duruşmaya gelmemesi ya da tutuklama korkusuyla gelememesi mümkündür. Bu durumda antitezi oluşturan savunma gerçekleşmeyecek ve tez ile antitez çelişmesi sağlanamayacağından muhakeme tamamlanamayacaktır. Bu sakıncanın doğmaması açısından ceza muhakemesinde gaip ve kaçak sanığa tutuklanmayacağı garantisini içeren bir güvence belgesi verilebilmesi mümkündür. Kanun koyucu, savunma yapması ve muhakemeye katılabilmesi için gaip ve kaçak sanığa tutuklanmayacağı yolunda bir güvence belgesi verilmesine ilişkin yasal düzenlemeyi yapmıştır. Bu yasal düzenleme hem sanığın hem de toplumun haklarını korumaktadır. Savunma fırsatı vermek suretiyle sanığın haklarını koruyan bu düzenleme, aynı zamanda cezalandırma hak ve yetkisinin gerçekleşmesini sağlayarak toplumu da koruma sonucu doğurmaktadır. Aynı zamanda güvence belgesi verilmesiyle muhakeme hızlandırılmakta ve muhakemenin yavaş yapılmasına ilişkin bir çare de üretilmiş olmaktadır.

Muhakemenin tutuksuz yapılması asıldır. Bir koruma tedbiri olan tutuklama kurumuna istisnai hallerde başvurulması ve bu kurumun gereksiz yere kullanılmaması ceza muhakemesinde önerilen bir yöntemdir. Güvence belgesi tutuklama tedbirine başvurulmadan muhakeme sürecini tamamlamayı sağlayacağından, tutuklama tedbirinin istisna kullanılmasını da sağlayacaktır. Bu nedenle mümkün olduğu kadar güvence belgesi verilmesi yoluna başvurulması uygun olacaktır. Uygulamaya baktığımızda mahkemelerin güvence belgesi verilmesi yoluna, asgari oranda dahi gitmedikleri görülmektedir. Bu nedenle aslında uygulanması mümkün bulunan bir kurum, uygulama dışı kaldığı gibi, doktrinde bu kurumun ölü doğduğuna ilişkin yorumlara da rastlanılabilmektedir. Daha çok yargısal alışkanlıklara bağladığımız bu uygulamanın koşulları gerçekleştikçe güvence belgesi verilmesi yolunda değiştirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Güvence belgesi gaip ya da kaçak sanığın muhakemeye katılması halinde tutuklanmayacağı yolunda kendisine mahkemece söz verilmesidir. Muhakemeye gelmeyen ya da tutuklama korkusu duyarak gelemeyen sanığa muhakemenin sonuca ulaştırması için söz verilmesinde herhangi bir sakınca bulunmadığı düşüncesindeyiz.

Uygulamada zamanaşımına uğrayan dosyaların sayısının küçümsenmeyecek düzeyde olduğu görülmektedir. Dosyaların zamanaşımına uğramasının önemli nedenlerinden bir tanesi de öngörülen süre içerisinde sanığa ulaşılamaması ve savunmasının alınamamış olmasıdır. Sanık hakkında yakalama çıkarılmış olmakla birlikte zamanaşımına uğrayan birçok dava dosyasına rastlamak mümkündür. Güvence belgesi verilmesi yoluyla dosyaların zamanaşımına uğramasının kısmen önüne geçilmiş olacaktır.

Güvence belgesi verilmesi konusunda uygulamanın genişletilmesi, yasal düzenlemeye hayat kazandıracaktır. Böylelikle savunma hakkının kullanılması kolaylaşacak aynı zamanda devlet ya da topluma ait olan cezalandırma hak ve yetkisi de yaşama daha kolay geçirilebilecektir. Ayrıca güvence belgesi verilmesi uygulamasının hayata geçirilmesi tutuklama tedbirinin uygulama sayısını azaltacak, böylelikle ülkemize yönelik tutuklama tedbirinin gereğinden fazla kullanıldığı eleştirileri de azaltılabilecektir. Yine bu suretle son dönemlerde modern ceza muhakemesi sistemlerinde kabul gören muhakemenin hızlılığına da bir katkı sağlanmış olacaktır. Yeterince kullanılmıyor olması nedeniyle güvence belgesine ilişkin yasal zemindeki eksiklikler ortaya çıkmamakta ve tartışılır hale gelmemektedir. Güvence belgesinin uygulamaya geçirilmesiyle birlikte, yasal zeminde, belgenin yalnızca verildiği suç için tutuklanmama teminatı içerdiği yolunda bir değişiklik yapılmasının yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Bunun yanında mahkemelere güvence belgesi verirken öngördükleri şartları değiştirebilme ve ortaya çıkan koşullara uyarlama olanağının verilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Aynı zamanda güvence belgesinin hükümsüz kalması nedenlerinin yeniden gözden geçirilmesinde fayda bulunduğunu değerlendiriyoruz.

Amacın gerçeği bulmak olduğu yerde, gerçeği bulma amacına yönelik kullanılabilir fırsatlar mutlaka değerlendirilmelidir. Güvence belgesi yasal zeminde verilmiş bu tür bir fırsatın adıdır. Bu nedenle savunma hakkının kullanılmasına olanak tanıyan, cezalandırma yetkisini de aynı zamanda hayata geçirecek olan bu kurumun realize edilmesi gerektiği kanaatini taşıyoruz. Özetle söyleyecek olursak, bu kurumun yasal zemindeki eksikliklerinin giderilmesi suretiyle uygulamaya geçirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

KAYNAKLAR

- AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin , “Gözaltında Alınan İfadelerin Önemi ve Delil Değeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, Sa.3.
- BALCI,Murat “Ceza Muhakemesi Hukukunda Gaip veya Kaçak Sanığa Güvence Belgesi Verilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa.92.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2005, Beta Yayınevi.
- COŞKUN KARADAĞ, Neslihan,” Vergi Alacağına Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar”, Maliye Dergisi, Sa.162.
- ÇAKICI GERÇEK, Leyla, “Şüpheli ve Mağdur Üzerine Bir Araştırma”, Polis Bilimleri Dergisi, C.8, Sa.3-4.
- ÇINAR, Ali Rıza, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sa.55.
- ÇOLAK, Haluk/ALTUN, Uğurtaş “Ceza Yaptırımının Bireyselleştirilmesi Vasıtası Olarak Takdiri İndirim Nedenlerinin Normatif Hükümleri ve Hukuki Sonuçları”, (<http://www.yayin.adalet.gov.tr>, erişim tarihi 05/06/2013).
- DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, Seçkin Yayını.
- FEYZİOĞLU, Metin, “5271 Sayılı Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler”, (<http://www.feyzioglu.av.tr> Erişim Tarihi 10/06/2013).
- FEYZİOĞLU, Metin/OKUYUCU ERGÜN, Güneş, “Türk Hukukunda Tutuklulukta Azami Süre”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.59, Sa.1.
- HACIOĞLU, B.Caner , “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Tutuklama Koruma Tedbirine Seçenek Olarak Düzenlenen Adli Kontrol Koruma Tedbir Üzerine Bir İnceleme” Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, Sa.1-2.
- (<http://www.adalet.org>. erişim tarihi 10.06.2013).
- (<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr>. erişim tarihi 08.06.2013).

(<http://www.haberturk.com.tr>. erişim tarihi 14/06/2013).

(<http://www.hukuki.net>. erişim tarihi 05.06.2013).

(<http://tdkterim.gov.tr> erişim tarihi 06/06/2013).

(<http://www.zaman.com.tr> erişim tarihi 11/06/2013).

-KARAKEHYA, Hakan, “Türk Ceza Muhakemesinde Sanığın Dosya İnceleme Hakkı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, Sa.3-4.

-KATOĞLU, Tuğrul, “Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar” Ankara Barosu Dergisi, Sa.4.

-KUNTER, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, Kazancı Yayını.

-KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2004, Beta Yayını.

-MYJER, Egbert/HANCOCK, Barry/COWDERY, Nicholas, Savcılar İçin İnsan Hakları El Kitabı,

Ankara 2006, Ankara Barosu Yayını.

-ÖMEROĞLU, Ömer, “Suç Korkusu, Cezanın Caydırıcılığı ve Küçük Suçlar”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVI, Sa.4.

-ÖZTÜRK Bahri , Suç Muhakemesi Hukukunda Gaiplik ve Gaiplerin Muhakemesi., İstanbul 1984, Üçdal Neşriyat.

-ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, Seçkin Yayını.

-ÖZTÜRK, Bahri/EDEM Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/SAYGILAR, Yasemin F./ ALAN, Esra, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, Seçkin Yayını.

-PRADEL, Jean, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, Çev: DÖNMEZER, Sulhi, İstanbul 2000, Beta Yayını.

-SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2007, Yetkin Yayını.

-ŞAHİN, Cumhur/ÖZGENÇ, İzzet, “CMUK Tasarısı(2002) Üzerine Düşünceler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, Sa.1-2.

-ŞEN, Ersan/ÖZDEMİR Bilgehan, Tutuklama Uygulamada Şüpheli ve Sanık Haklarının Korunması, Ankara 2012, Seçkin Yayıncılık.

-TAŞKIN, Ahmet, “Tutuklamanın Psiko-Sosyolojik Boyutu”, Türkiye Adalet

Akademisi Dergisi, Sa.2.

-TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009, Savaş Yayını.

-TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, Asil Yayını.

-ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan , Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, Adalet Yayını.

-ÜZÜLMEZ, İlhan, “Yeni Ceza Kanunu’nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”,

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, Sa.3-4.

-Yargıtay Kararları Dergisi Kasım 1996.

-YILMAZ, Zekeriya, “Adli Kontrol”, Ankara Barosu Dergisi, Y:2006, Sa.1.

-YURTCAN, Erdener , Cumhuriyet Savcısının ve Cumhuriyet Yargıcının El Kitabı,Ankara 2007,Adalet

Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayını.

-Yüksekova Haber Gazetesi 18 Ekim 2012.

KISALTMALAR

Bkz.....: Bakınız.

bkz.....: Bakınız.

C.....: Cilt

CMK.....: Ceza Muhakemesi Kanunu

CMUK.....: Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu

dpn.....: Dipnot

Sa.....:Sayı

s.....: Sayfa

vd.....: ve devamı

Y.....: Yıl

BOŞ

ÖZEL HAYATIN KAPSAMI: AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARI IŞIĞINDA BİR DEĞERLENDİRME

Yaşar SALİHPAŞAOĞLU*

ÖZET

Özel hayat ile ilgili olarak en çok dile getirilen şikâyet, bu kavramın tanımlanmasının zorluğuna ve kapsamının belirsizliğine ilişkindir. Birçok uluslararası ve ulusal belgede özel hayatın gizliliği hakkının tanınmasına rağmen tanımlanmaması bunun en açık göstergesidir. Özel hayatın gizliliği hakkını tanıyan ama tanımlamayan uluslararası belgelerden biri olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulayıcısı konumundaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de birçok kararında “Mahkeme, özel hayat kavramının tam olarak tanımlanmasının mümkün olduğu ya da böyle bir gayretin gerekli olduğu kanaatinde değildir.” diyerek onu tanımlamaktan kaçınmıştır. Bunun yerine verdiği kararlarla özel hayatın kapsamını belirlemiştir. Buna göre; kişinin adı, soyadı, cinsiyet kimliği, etnik kimliği, yaşam biçimi, görüntüsü, onur ve şöhreti, fiziksel ve psikolojik bütünlüğü, cinsel hayatı ve kişisel verileri özel hayata dâhil hususlar içinde yer alır.

Anahtar Kelimeler: Özel Hayat, Kişinin Kimliği, Onur ve Şöhret, Kişisel Veriler, Fiziksel ve Psikolojik Bütünlük, Cinsel Hayat

THE SCOPE OF PRIVATE LIFE: AN ASSESSMENT IN THE LIGHT OF THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

Private life is a complex and broad concept, so it is difficult to define it and determine its scope. For this reason it is not defined although it is recognized as a human right in many national and international documents. For instance, The Universal Declaration of Human Rights and European Convention on Human Rights recognizes the right of private life but doesn't define it. Human Rights Court has also never offered a clear and precise definition of what is meant by private life. Because “the Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of private life.” Instead, the Court determined the scope of private life by judgments. According to the Court's case law, private life covers name, surname, gender and ethnic identification, lifestyle, image, honour and reputation, personal data, physical and moral integrity and sexual life.

Keywords: Private Life, Personal Identification, Honour and Reputation, Personal Data, Physical and Moral Integrity, Sexual Life

* Yrd. Doç. Dr., Gazi Ün. Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

I. GİRİŞ

Norbert Elias ve Richard Sennett içinde yaşadığımız mekânın özel ve kamusal alan olmak üzere ikiye bölünmesinin uygarlaşma sürecinin nispeten geç bir ürünü olduğunu ileri sürseler de¹ antropolojik araştırmalar, çeşitli dinlerde yer alan hükümler ve bazı hukuk kuralları özel hayatın bir yönünü oluşturan mahremiyet olgusunun tüm insanlar ve zamanlar için geçerli bir durum olduğunu ortaya koymaktadır².

Bölme duvarları ve paravanları olmayan büyük evlerde oturan ilkel topluluklarda bile “hayali duvarlar” aracılığı ile oluşturulmuş soyut bir mahrem alan vardır³. Peru’nun kuzeydoğusunda böyle evlerde yaşayan Yagualar ve Laos’taki Lametler buna verilebilecek ilginç örneklerdir. Yagualarda, duvar ve paravanlarla bölünmemiş büyük evlerde yaşayan bir kişi özel bir alan oluşturmak istediğinde, yüzünü evin duvarına döner. Yüzünü evin duvarına dönen adam, kadın ya da çocuk, diğerleri için artık “*mevcut değildir*”. Evdeki hiç kimse ona bakmaz onu gözetlemez, ne kadar acil olursa olsun ona hitap etmez⁴. Laos’taki Lametlerde ise bir ziyaretçinin asla aşmaması gereken hayali “tabu çizgileri” vardır⁵. Yine benzer evlerde yaşayan Mehinakularda da mahremiyet az bulunan çok değerli bir şeydir. Yabancı bir eve ya da aynı evde yaşayan başka bir ailenin alanına izin almaksızın elini kolunu sallayarak girmek ayıp karşılanır⁶. Bu örnekler, ilkel topluluklarda kişiyi (artık mevcut olmayanı) diğerlerinin bakışlarından tamamen koruyan mükemmel bir özel alan olduğunu değil; ama ilkel topluluklarda bile bir özel alana duyulan şiddetli ihtiyacı gösterir⁷.

Dinlerde ise özel alan ve özel alana saygı çok daha net ve somuttur. Özellikle Musevilik ve İslâm’ın kutsal kabul edilen metinlerinde bu konuda açık hükümler yer almaktadır. İzinsiz olarak bir eve ya da odaya girmeyi

¹ Bkz. *Elias*, N.: *Uygarlık Süreci*, Cilt:1, 2. Baskı, Çev.: Ender ATEŞMAN, İstanbul, 2002, s. 269 vd.; *Sennett*, R.: *Kamusal İnsanın Çöküşü*, 3. Basım, Çev. Serpil DURAK&Abdullah YILMAZ, İstanbul, 2010, s. 35 vd.

² *Moore*, B.: *Privacy: Studies in Social and Cultural History*, New York, 1984, s.276.

³ *Duerr*, H. P.: *Uygarlaşma Sürecinin Miti: I, Çıplaklık ve Utanç*, Çeviren: Tarhan ONUR, Ankara, 1999, s.147.

⁴ Bkz. *Fejos*, P.: *Ethnography of the Yagua*, New York, 1943, s.87.

⁵ *Duerr*, s.150.

⁶ *Duerr*, s.148.

⁷ *Duerr*, s.148, 150.

hatta bakmayı yasaklayan ayet⁸ ve hadisler⁹ bu konuda verilebilecek birçok örnekten sadece birkaçıdır.

İngiltere’de 1361 yılında çıkarılan “*Justices of the Peace Act*” ile sulh yargıcına başkalarını gizlice dinleyen ve izleyen insanları tutuklama yetkisi verilmesi¹⁰, özel hayat olgusunun hukuk tarafından korunmasının da yeni olmadığını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte özel hayat kavramının bir hak olarak ele alınması çok daha yenidir. Bunda 1890 yılında Amerika’da Harvard Law Review’de yayımlanan ve Samuel D. Warren-Louis D. Brandeis tarafından kaleme alınan “*The Right to Privacy*” (Mahremiyet Hakkı) isimli makalenin büyük etkisi vardır¹¹. Özel hayatın gizliliği hakkının “*the right to be let alone*”(yalnız kalabilme hakkı)¹² olarak tanımlandığı bu makalenin yazılmasına büyük oranda fotoğrafcılığın ve basının ortaya çıkması ve yaygınlaşması neden olmuştur¹³.

Ancak bu konudaki en önemli gelişme, uluslararası düzeyde oluşturulmuş kuruluşların kabul ettiği belge ve sözleşmelerde bu hakka yer

⁸ “Ey iman edenler! Kendi evleriniz dışındaki evlere, sahiplerinden izin isteyip onlara selam vermeden girmeyiniz...”(Nur Sûresi, 27. Ayet), “Ey iman edenler! Ellerinizin altında bulunan köle ve hizmetçileriniz ile içinizden henüz bülûğa ermemiş çocuklarınız, odanıza girmek için şu üç vakitte sizden izin istesinler: Sabah namazından önce, öğle vakti istirahat için elbiselerinizi çıkardığınız zaman ve bir de yatsı namazından sonra...”(Nur Sûresi, 58. Ayet). Bkz. *Yıldırım, S.*:Kur’ân-ı Hakîm ve Açıklamalı Meali, İstanbul, 2008, s.351, 356.

⁹ “Benim Allah’ın Rasulü olduğuma şahitlik eden izin almadan ve selam vermeden başkasının evine girmesin; izin almadan evin içine bakınca girmiş sayılır... ve o Rabbine âsî olmuştur. Buhârî, el-Edebu’l-müfred, *Kahraman, A.*: İslam Hukuk ve Ahlak İlkeleri Işığında Özel Hayatın Gizliliği(Mahremiyet), Ankara, 2008, s.162’den naklen.

¹⁰ Bkz. *Michael, J.*: Privacy And Human Rights: An International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology, Paris, 1994, s.15.

¹¹ *Oppenheimer, W. D.*: “Television and the Right of Privacy”, *Journal of Broadcasting*, Volume:1, 1956-1957, s.194; *Mills, R. W.*: “Radio, Television and the Right of Privacy”, *Journal of Broadcasting*, Volume: 13, 1968-1969, No:1, s.52; *Mckaig, D. L.*: “Public Interest as a Limitation of the Right to Privacy”, *Kentucky Law Journal*, Volume:41, 1952-1953, s.126; *Lundsgaarde, H. P.*: “Privacy: An Antropological Perspective on the Right to be Let Alone”, *Houston Law Review*, Volume: 8, 1970-1971, s.861; *Workman, R. D.*: “Balancing the Right to Privacy and the First Amendment”, *Houston Law Review*, Volume:29, 1992, s.1061.

¹² Özel hayatın gizliliği hakkını “*yalnız olabilme hakkı*” olarak ilk ifade eden hâkim Thomas M. Cooley’dir. *Lundsgaarde*, s.861.

¹³ Bu makalede, özel hayatın gizliliği hakkı gerekçe gösterilerek kamu yararına olan yayınların ve iletişimin yasaklanamayacağı, yapılan yayımın doğru olmasının ve yayımın kötü niyetle kaldırılmamasının savunma aracı olamayacağı, kişisel rızanın dava açma hakkını ortadan kaldıracağı gibi günümüzde de geçerli temel ilkeler ortaya konulmuştur. Bkz. *Warren, S. D.- Brandeis, L. D.*: “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Volume: IV, No: 5, 1980, s.214, 217, 218.

verilmesidir. Çünkü Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun, 10 Aralık 1948 tarihli ve 217A(III) sayılı kararıyla kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (The Universal Declaration of Human Rights)¹⁴, Avrupa Konseyine üye devletlerin Dışişleri Bakanları tarafından 4 Kasım 1950 tarihinde imzalanan ve 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)¹⁵, 16 Aralık 1966 tarihinde New York'ta kabul edilen ve 23 Mart 1976'da yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklara Dair Uluslararası Sözleşme¹⁶, çokuluslu özel hayat yönergeleri¹⁷, direktifler¹⁸ ve çerçeveler¹⁹ bu hakkın çok sayıda devletin iç hukukuna girmesine neden olmuştur²⁰.

Bugün özel hayat dünya çapında büyük önem arz eden bir meseledir. Neredeyse tüm devletler, anayasalar ve mahkeme kararları özel hayatı korumaya çalışır. Anayasa hukuku açısından özel hayat temel bir haktır. Amerikan Anayasası açıkça “özel hayat” ya da “mahremiyet” sözcüğünden

¹⁴ Beyannamenin 12. maddesine göre, “Kimsenin mahremiyetine(privacy), ailesine, konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak müdahale edilemez, onur ve saygınlığına saldırılmaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı kanun tarafından korunma hakkı vardır.” Beyannamenin İngilizce metni için bkz. (<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a11>, erişim 24.02.2013). Beyannamenin Türkçe metni için bkz. Resmî Gazete, Tarih: 27.05.1949, sayı:7217; Çeçen, A.: İnsan Hakları, Genişletilmiş Üçüncü Basım, Ankara, 2000, s.339-347; Gündüz, A.: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 1994, s.181-185; Gemalmaz, M. S.: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, II. Cilt, Uluslararası Sistemler, İstanbul, 2011, s. 4-19. İngilizce metni için bkz. (<http://www.un.org/en/documents/udhr/>, erişim 01.03.2010).

¹⁵ Kısaca “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” olarak adlandırılan bu Sözleşmenin 8. maddesine göre, “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlük ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.” Gözübüyük, A. Ş. - Gölcüklü, F.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, Ankara, 2011, s.450-451. Günümüze kadar birçok değişikliğe uğramış olan Sözleşmenin ilk resmî çevirisi için bkz. Resmî Gazete, Tarih: 19.03.1954, Sayı: 8662.

¹⁶ Sözleşmenin 17. maddesine göre, “Kimsenin mahremiyetine(privacy), ailesine, konutuna ya da haberleşmesine keyfi ya da kanunsuz olarak müdahale edilemez, onur ve saygınlığına kanunsuz saldırılarda bulunulamaz.” Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3aa0.html>, erişim 24.02.2013).

¹⁷ Örneğin, 1980 tarihli OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data.

¹⁸ Örneğin, 1995 European Union Data Protection Directive.

¹⁹ Örneğin, 2004 APEC Privacy Framework.

²⁰ Solove, D. J.: Understanding Privacy, Harvard University Press, 2008, s.3.

bahsetmese de evin kutsiyetini ve devletin müdahalesi karşısında iletişimin gizliliğini korur²¹. Yüksek Mahkeme, 4. Değişikliğin(Amendment), bir kişinin sahip olduğu “makul özel hayat beklentisine”²² hükümet tarafından yapılacak müdahalelere karşı koruduğunu dile getirmiştir. Yüksek Mahkeme verdiği kararlarla, Anayasanın, insanların cinsel ilişkilerini gerçekleştirdikleri ve kişisel verilerinin yer aldığı “bir özel hayat bölgesi” çizdiğini ve bu alanda insanların doğum kontrolüne ve sağlıklarına yönelik devletin haksız müdahalelerine karşı korunduğunu ortaya koymuştur²³.

ABD dışındaki birçok devlet anayasasında da bu hak garanti altına alınmıştır. Örneğin; Brezilya Anayasası m. 5, “mahremiyet, özel hayat, onur ve insanların görüntüsü dokunulmazdır”²⁴; Finlandiya Anayasası m. 10, “herkesin özel hayatı, onuru ve konutunun kutsallığı garanti altındadır...”²⁵; Gürcistan Anayasası m. 20, “herkesin özel hayatı... dokunulmazdır”²⁶; Güney Afrika Anayasası m.14 “herkesin özel hayat hakkı vardır”²⁷, Güney Kore Anayasası m.17, “hiç kimsenin özel hayatı ihlal edilemez”²⁸; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.20, “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

²¹ Solove, s.2. 3. Değişiklik: “Hiç bir asker, barış zamanında sahibinin rızası olmadan; savaş zamanında da yasanın belirlediği şekle uyulmadan, bir eve yerleştirilmeyecektir.” 4. Değişiklik: “Kişilerin üstleri, evleri, belgeleri ve eşyaları makul olmayan aramalara ve el koymalara karşı korunacak ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka muhtemel bir nedene dayanacak, yemin ve beyanla desteklenecek, özellikle aranacak yer ve tutuklanacak kişi ya da el konacak eşyalar belirlenecektir.”

²² Yüksek Mahkeme tarafından günümüzde de kullanılan “makul özel hayat beklentisi” kriteri ilk olarak 1967 yılında Katz v. United States davasında Yargıç Harlan tarafından yazılan “mutabık görüş”te kullanılmıştır. Bkz. Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967). Söz konusu karar için bkz. (<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html>, erişim 26.02.2013).

²³ Solove, s.3. Bkz. Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965); Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973); Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

²⁴ (<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,BRA,,4c4820bf2,0.html>, erişim 26.02.2013)

²⁵ (<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,FIN,,4e5cf5f12,0.html>, erişim 26.02.2013)

²⁶ (<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,GEO,,3ae6b5b10,0.html>, erişim 26.02.2013)

²⁷ (<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#14>, erişim 26.02.2013)

²⁸ (<http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c2252,459d2ecd2,3ae6b4dd14,0,NATLEGBOD,LEGISLATION,KOR.html>, erişim 26.02.2013)

Özel hayat hakkına anayasalarında açıkça yer vermeyen Kanada, Fransa, Japonya ve Hindistan gibi birçok ülke mahkeme kararları ile bu hakkı üstü kapalı olarak bir anayasal hak olarak kabul etmiştir²⁹.

Birçok ülke özel hayatın korunmasını yasalarla da güvenceye almıştır. Avustralya'nın 1988 tarihli "*Özel Hayat Kanunu*", Danimarka'nın 2000 tarihli "*Kişisel Verilerin İşlenmesi Kanunu*", Kanada'nın 2000 tarihli "*Kişisel Bilgilerin Korunması ve Elektronik Belgeler Kanunu*", Japonya'nın 2003 tarihli "*Kişisel Bilgilerin Korunması*", bunlara verilebilecek birçok örnekten sadece bazılarıdır³⁰. Amerika Birleşik Devletleri'nde de yüzlerce düzenleme ile özel hayat korunmaktadır. 1970'den beri Kongre onlarca düzenleme yaparak hükümet kayıtlarının, öğrenci kayıtlarının, ekonomik bilgilerin, elektronik iletişimin, video kiralama verilerinin ve sürücü kayıtlarının diğer birçok şeyle birlikte gizliliğini koruma altına almıştır³¹.

Tüm bunlar özel hayatın önemi ve korunması konusunda dünya çapında bir uzlaşmanın olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak yasal koruma özel hayat kavramına bağlıdır ve bu konuda ciddi bir kafa karışıklığı vardır³².

II. TERİM SORUNU

Gündelik dilde, felsefede, sosyolojide, siyasette ve hukukta kullanılan "özel hayat" terimi için İngilizcede "*private life*", Fransızcada "*vie privée*"³³, İspanyolcada "*vida privada*"³⁴, Almandada "*privatleben*"³⁵, İtalyancada "*vita privata*"³⁶ sözcükleri kullanılmaktadır. "*Kamusal hayattan ayrılmış,*

²⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. *Solove*, dipnot 15.

³⁰ Ülkelerin bu konudaki düzenlemeleri için bkz. (<http://www.privireal.org/content/dp/countries-es.php>, erişim 26.02.2013)

³¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. *Solove*, dipnot 20.

³² *Solove*, s.4.

³³ İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesinin Fransızca metni için bkz. (<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>, erişim 14.06.2012). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin Fransızca metni için bkz. (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf, erişim 14.06.2012).

³⁴ İnsan Hakları evrensel Bildirisinin 12. maddesinin İspanyolca metni için bkz. (<http://www.un.org/es/documents/udhr/>, erişim 14.06.2012). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin İspanyolca metni için bkz. (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, erişim 14.06.2012)

³⁵ İnsan Hakları evrensel Bildirisinin 12. maddesinin Almanca metni için bkz. (<http://www.un.org/depts/german/grunddok/ar217a3.html>, erişim 14.06.2012). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin Almanca metni için bkz. (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_DEU.pdf, erişim 14.06.2012).

³⁶ İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesinin İtalyanca metni için bkz. (<http://>

kişiyeye özgü” anlamlarına gelen Latince “*privatus*”³⁷ sözcüğünden İngilizce ve diğer birçok dile giren terim, bugün bir “*insan hakkını*” ifade etmek için kullanılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde “*right to respect for private and family life*”(özel ve aile hayatına saygı hakkı) olarak isimlendirilen bu hak, 1961 ve 1982 Anayasalarında “*özel hayatın gizliliği*” başlığı altında düzenlenmiştir.

“*Özel hayatı*” ifade etmek için kullanılan bir başka sözcük “*mahremiyet*”tir. Arapça “*yasak, tabu, dokunulmaz*” anlamına gelen “*haram*” kelimesinden türetilen ve sözlük anlamı “*gizlilik*”³⁸ olan “*mahremiyet*”³⁹ sözcüğü, yanlış bir biçimde “*özel hayat*” ile eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Oysa özel hayat; kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı, öteki tüm kişilerin bilgisinden uzak tuttuğu ve başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği “*giz alanı*” ve kişinin giz alanına dâhil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi kendisine yakın kişilerle paylaştığı ve bunun dışındaki kişilere gizli kalmasını istediği “*özel alanı*” da içeren daha geniş bir kavramdır⁴⁰. Yani “*özel hayat*” sadece kişinin hayatının “*mahrem*”(giz) alanını değil, “*mahrem olmayan*”(giz alanına dâhil olmayan) alanının bir kısmını da kapsamaktadır⁴¹. Bununla birlikte özel hayata ilişkin ulusal ve uluslararası belge ve sözleşmelerde söz konusu hakkı ifade etmek için bazen “*özel hayat*”(private life)⁴² bazen ise “*mahremiyet*”(privacy)⁴³ terimi kullanılmaktadır.

www.unhcr.it/news/dir/15/view/375/dichiarazione-universale-dei-diritti-dell'uomo-del-1948-37500.html, erişim 14.06.2012). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin İtalyanca metni için bkz (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf, erişim 14.06.2012).

³⁷ Bkz. Oxford Dictionary of English Etymology, Edited by C. T. Onions with the assistance of G.W.S. Friedrichsen and R.W. Burchfield, Oxford University Press, First Published 1966, s.711.

³⁸ Bkz. Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 10. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları:549, Ankara 2005, s.1328.

³⁹ Bkz. Nişanyan, S.: Sözlere Soyağacı, Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, İstanbul, 2004, s.161, 273.

⁴⁰ “*Giz alanı*” ve “*özel alan*” için bkz. Helvacı, S.: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md.24/a fıkra I/ İMK md. 28/a fıkra I), İstanbul, 2001, s.62; Zevkiler, A.- Acabey, M. B.- Gökyayla, K.E.: Medeni Hukuk, Ankara, 1992, s.416-419; Öztan, B.: Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 10. Bası, Ankara, 2001, s.133-135.

⁴¹ Üzeltürk, S.: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004, s.2-3.

⁴² Bkz. İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, m.8; Gürcistan Anayasası, m. 20; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m.20.

⁴³ Bkz. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, m.12; Medeni ve Siyasi Haklara Dair Uluslararası Sözleşme, m.17; Güney Afrika Anayasası, m. 14; Güney Kore Anayasası, m. 17.

Arapça kökenli “*hayat*” sözcüğünün yerine, Türkçe “*yaşam*” sözcüğünün kullanılması sorun oluşturmayan bir “*tercih*”tir. Ancak biz, hukuki terimlerde “*yeknesaklığın*” sağlanması adına Anayasanın ve kanunların kullandığı⁴⁴ terim olan “*özel hayat*”ı kullanacağız.

III. TANIM SORUNU

Özel hayat ile ilgili olarak en çok dile getirilen şikâyet, bu kavramın tanımlanmasının zorluğuna ve kapsamının belirsizliğine ilişkindir. Hukukçu Arthur MILLER “*özel hayatı tanımlamak zordur, çünkü o sinir edici bir belirsizliğe ve gözden kaybolma eğilimine sahiptir*”⁴⁵, Profesör Hyman GROSS “*özel hayat kavramı ölümcül belirsizliğe yakalandı*”⁴⁶, felsefeci Julie C. INNESS “*özel hayat kavramı konusunda ayağımızı sağlam bir yere basmak için hukuk ve felsefeye yöneldiğimizde bir kaos ile karşılaşırız*”⁴⁷ derken ve Ferdinand David SCHOEMAN “*Privacy and Social Freedom*” isimli kitabının Giriş(Introduction) Bölümünün başlığını “*On Not Defining Privacy*”(Özel Hayatı Tanımlamama Üzerine) koyarken⁴⁸ özel hayatın bu yönüne dikkat çekmek istemişlerdir.

Birçok uluslararası ve ulusal belgede özel hayatın gizliliği hakkının tanınmasına rağmen tanımlanmaması, bu zorluğu aşmaya çalışanların mücadelesinden geriye derin bir tatminsizlik kalması ve özel hayat ile ilgili kapsamlı hukuka rağmen, bu konuda yaşanan sorunların çözümünde sürekli zorluklar ve başarısızlıklar ile karşılaşılması⁴⁹ bu iddiaları haklı çıkartmaktadır.

Özel hayatın gizliliği hakkını tanıyan ama tanımlamayan uluslararası belgelerden biri de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Sözleşmenin 8. maddesine göre, “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin*

⁴⁴ Bkz. 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 15; 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 20; 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, m. 5; 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, m. 21; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, m. 134; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, m. 100; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, m. 63; 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, m. 8.

⁴⁵ Miller, A. R.: Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers, The University of Michigan Press, 1971, s.25.

⁴⁶ Gross, H.: “The Concept of Privacy”, *New York University Law Review*, Volume: 42, Issue: 1, 1967, s.35.

⁴⁷ Inness, J. C.: Privacy, Intimacy and Isolation, Oxford University Press, 1992, s.3.

⁴⁸ Schoeman, F. D.: Privacy and Social Freedom, Cambridge University Press, 1992, s.11.

⁴⁹ Solove, s.2.

*ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmiş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”*⁵⁰ Görüldüğü üzere maddede bir özel hayat tanımı yapılmamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulayıcısı konumunda olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de özel hayatı tanımlamaktan özenle kaçınmıştır. Özel hayatın giz alanından daha geniş olduğunu, tanımlanmasının mümkün ve gerekli olmadığını ileri süren Mahkeme, Niemietz v. Germany davasında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: *“Mahkeme, özel hayat kavramının tam olarak tanımlanmasının mümkün olduğu ya da böyle bir gayretin gerekli olduğu kanaatinde değildir. Bununla birlikte özel hayat kavramını, bireyin kişisel hayatını dilediği gibi yaşayabileceği bir ‘giz alanı’*⁵¹ *ile sınırlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan bütünüyle ayırmak, onu aşırı sınırlayan bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, diğer insanlarla ilişki kurmak ve bu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar kapsamalıdır...”*⁵² Costello-Roberts v. The United Kingdom davasında da aynı anlayışı sürdüren Mahkeme, Niemietz v. Germany davasına atıfta bulunarak, özel hayat kavramının tam olarak tanımlanmaya elverişli olmadığını tekrarlamıştır⁵³.

Ancak bir şeyin tanımlanamaması onun var olmadığını ya da önemli olmadığını göstermez. Özel hayat kavramının tanımlanması konusunda yaşanan yaygın hoşnutsuzluğa rağmen, bu hak, özgürlük ve demokrasi için vazgeçilmezdir⁵⁴. Demokratik toplumun temeli olarak görülen⁵⁵, yaratıcılığımız ve başkalarıyla sosyal ilişkiler kurmamızı ve bunu sürdürmemizi sağlamak için kritik öneme sahip olan⁵⁶, özerk bir yaşam⁵⁷ ve fiziksel huzur için gerekli

⁵⁰ Gözübüyük - Gölcüklü, s.450-451.

⁵¹ Kararda kullanılan ifade “*inner circle*”dır. Bu ifadenin Türkçeye çok farklı şekillerde çevrilmesi mümkündür. Ancak ifadenin kullanıldığı bağlam dikkate alındığında, en uygun çevirinin “*giz alanı*” olacağı kanaatine vardık.

⁵² Niemietz v. Germany, 13710/88, 16.12.1992, §29.

⁵³ Costello-Roberts v. The United Kingdom, 13134/87, 25.03.1993, §36.

⁵⁴ Solove, s.2.

⁵⁵ Gavison, R.: “Privacy and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, Vol.:89,No:3, 1980, s. 455.

⁵⁶ Rachels, J.: “Why Privacy is Important?”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol: 4, No:4, 1975, s.326; Gavison, s.450.

⁵⁷ Rossler, B.: *The Value of Privacy*, Cambridge, 2005, s.1.

olan bu hak, insanlığımızın tamamlayıcı bir parçası⁵⁸, özgürlüğümüzün kalbi⁵⁹ ve tüm özgürlüklerin başlangıcı⁶⁰ olarak değerlendirilir⁶¹.

Belki de teknolojinin ve toplumun bu kadar hızlı değiştiği bir dönemde, bu süreç sona ermeden özel hayat kavramının kesin sözcüklerle tanımlanmaması⁶², bunun yerine her somut olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilmesi ve “*özel hayatı oluşturan ilişkiler nelerdir?*” sorusuna cevap aranması daha yararlıdır. Bu soruyu cevaplandırırken bize rehberlik edecek olan en yetkin kurumlardan biri, belki de birincisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulayıcısı olarak özel hayata ilişkin binlerce karara imza atmış olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir.

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN 8. MADDESİNİN KORUDUĞU ALAN

Özel hayatı oluşturan ilişkilerin neler olduğu sorusuna cevap ararken öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin konuyu nasıl düzenlediğine bakmak gerekir. Sözleşmenin 8. maddesinin ilk cümlesi şöyledir: “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*” Görüldüğü üzere Sözleşmenin 8. maddesi; sadece “*özel hayatı*” değil aynı zamanda “*aile hayatını*”, “*konut dokunulmazlığını*” ve “*haberleşmenin gizliliğini*” de korumaktadır. Her ne kadar maddenin başlığı “*özel ve aile hayatına saygı hakkı*” olsa da, madde başlıklarının Sözleşmenin orijinal hâlinde bulunmadığı ve 1994 yılında 11. Ek Protokolle kabul edildiği düşünüldüğünde, maddede geçen hak ve özgürlüklerin, en azından başlangıçta, birbiriyle ilgili ama ayrı hak ve özgürlükler olarak değerlendirildiğini gösterir. Bu nedenle Sözleşmenin 8. maddesini “*özel hayat*” kavramıyla özdeşleştirmek doğru bir bakış açısı değildir. Böyle bir bakış açısı ile maddede yer alan “*aile hayatı*”, “*konut dokunulmazlığı*” ve “*haberleşmenin gizliliği*” ifadelerini açıklayamayız. Nitekim Sözleşme maddelerini yorumlayan Mahkemeye göre de, “*özel hayat*”, “*aile hayatı*”, “*konut dokunulmazlığı*” ve “*haberleşmenin gizliliği*” zaman zaman çakışsa da farklı hak ve özgürlük alanlarını koruyan birbirleriyle ilgili ancak farklı kavramlardır. Mahkemenin verdiği kararlarda bu dört haktan hangisinin ihlal edildiğini özellikle belirtmesinin nedeni

⁵⁸ Bkz. Lake v. Wal-Mart Stores, Inc. 582 N.W.2d 235 (Minn. Sup. Ct. 1998), (<http://www.ucs.louisiana.edu/~ras2777/judpol/lake.html>, erişim 26.07.2012).

⁵⁹ *Kaboğlu, İ.Ö.*: Özgürlükler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2002, s. 292.

⁶⁰ Bkz. Public utilities Commission v. Pollak, 343 U.S. 468 (1952), Justice Douglas dissenting.

⁶¹ *Solove*, s.1.

⁶² *Schoeman*, s.11.

de budur⁶³. Bazı kararlarında Mahkemenin tam olarak hangi hakkın ihlal edildiğini belirtmemesi ve bu hakların tamamını ya da birkaçını sayması bu hakların aynı alanı koruduklarını değil, birbirleriyle ilgili olduklarını gösterir. Haberleşmeye müdahale niteliği taşıyan bir şikâyetinde, Mahkemenin söz konusu durumun “*özel hayat, aile hayatı ve haberleşme haklarına müdahale olduğunu*” belirtmesi buna örnek olarak verilebilir⁶⁴.



V. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE GÖRE ÖZEL HAYATIN KAPSAMI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 8. maddesi tarafından korunan hak ve özgürlüklere ilişkin bir başvuruyu değerlendirirken ilk olarak şu soruya cevap arar: “*Şikâyet, 8. maddenin 1. fıkrasında garanti altına alınan haklardan birinin kapsamına giriyor mu?*” Bu soruya verilen cevap “*hayır*” ise şikâyet sona erer, “*evet*” ise ikinci aşamaya geçilir. İşte biz bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Sözleşmenin 8. maddesi tarafından korunan hak ve özgürlüklere ilişkin bir başvuruyu değerlendirirken, yukarıdaki soruya hangi durumlarda “*evet*” cevabını verdiğini esas alarak, neleri özel hayat kapsamında gördüğünü belirlemeye çalıştık. Buna göre aşağıdaki grafikte belirtilen hususlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından özel hayat kapsamında değerlendirilmektedir.



A) *Kişinin Kimliği (Personal Identification)*

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre; isim, cinsel kimlik, etnik kimlik, yaşam biçimi ve görüntü kişinin kimliğini belirler ve bu yönüyle de özel hayatın bir parçasını oluşturan hususlar içerisinde yer alır.

⁶³ Bkz. Calogero Diana v. Italy, 15211/89, 15.11.1996; Campbell v. The United Kingdom, 13590/88, 25.03.1992; Schönenberger and Durmaz v. Switzerland, 11368/85, 20.06.1988; Johnston and Others v. Ireland, 9697/82, 18.12.1986; X., Y. and Z. v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 21830/93, 22.04.1997; Kroon and Others v. The Netherlands, 18535/91, 27.10.1994; K. and T. v. Finland, (Grand Chamber), 25702/94, 12.07.2001; Gillow v. The United Kingdom, 9063/80, 24.11.1986; Buckley v. The United Kingdom, 20348/92, 25.09.1996; Camenzind v. Switzerland, 21353/93, 16.12.1997.

⁶⁴ Bkz. Klass and Others v. Germany, 5029/71, 06.09.1978, § 41.



1. Kişinin İsmi(Name)

İsmi bir insan hakkı olarak düzenleyen ilk uluslararası belge, 16 Aralık 1966 tarihinde New York'ta kabul edilen ve 23 Mart 1976'da yürürlüğe giren Medeni ve Siyasi Haklara Dair Uluslararası Sözleşmedir. Sözleşmenin 24. maddesinin 2. fıkrasına göre *"her çocuk, doğumundan hemen sonra nüfus kütüğüne kaydedilecek ve bir isme sahip olacaktır."*⁶⁵ 22 Kasım 1969'da kabul edilen ve 18 Temmuz 1978'de yürürlüğe giren Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde de benzer bir düzenleme vardır. Sözleşmenin 18. maddesine göre *"herkesin bir isim ve ebeveynlerinin ya da onlardan birinin soyadını kullanma hakkı vardır..."*⁶⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ise bu iki belgeden farklı olarak ismin bir insan hakkı olduğuna ve korunduğuna dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu eksiklik Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla giderilmiştir.

Mahkemeye intikal eden bu konuya ilişkin davalar büyük oranda ebeveynlerin çocuklarına vermek istedikleri isimlerin ve isimler yazılırken kullanılmak istenen ya da istenmeyen harf ve eklerin idarece uygun görülmemesi ile ilgilidir. Bu ve benzeri konulara ilişkin başvurular üzerine Mahkeme hemen hemen aynı cümleleri kullanarak verdiği kararlarda *"ismin, kişinin kimliğini belirlediğini ve ailesi ile bağlantı kurmasını sağladığını bu nedenle de özel hayatın ve aile hayatının bir parçası olduğunu"* açıkça ifade etmiştir⁶⁷. Ancak bu hak belirli bir dilin kamu otoriteleriyle ilişkide kullanılmasını garanti altına almaz. Çünkü Mahkemeye göre her sözleşmeci devletin resmî dilini kimlik kartlarında ve diğer resmî dokümanlarda kullanma ve dayatma hakkı⁶⁸

⁶⁵ Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. *Gündüz*, s. 195-212; Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. (<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3aa0.html>, erişim 24.02.2013).

⁶⁶ Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin (American Convention on Human Rights) İngilizce metni için bkz. (<http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, erişim 27.02.2013).

⁶⁷ Bkz. *Burghartz v. Switzerland*, 16213/90, 22.02.1994, § 24; *Stjerna v. Finland*, 18131/91, 25.11.1994, § 37; *Guillot v. France*, 22500/93, 24.10.1996, § 21; *Bulgakov v. Ukraine*, 59894/00, 11.09.2007, § 42; *Kemal Taşkın and Others v. Turkey*, 30206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 32797/05, 45609/05, 02.02.2010, § 45.

⁶⁸ Mahkeme kararında *"impose"* sözcüğü kullanılmıştır. Sözcüğün Türkçe karşılığı *"Zorla kabul ettirmek, zorlamak, yüklemek"* tir. Bkz. *Collins Cobuild Essential Dictionary*, İngilizce-İngilizce Türkçe Sözlük, Türkçeye uygulayan Ö. *Renkli Yıldırım*, İstanbul, 1994, s. 513. An-

vardır⁶⁹. Ayrıca kişinin adının veya soyadının değiştirilmesine zorlanması hariç, isme yönelik düzenlemelerin tamamının illa da özel hayata yönelik bir müdahale oluşturduğunu düşünmeyen Mahkeme⁷⁰, bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır⁷¹. Bu takdir yetkisini; isimlerin kullanımının tarihsel, dilsel, dinî ve kültürel birçok boyutunun bulunması nedeniyle yerel otoritelerin, bu hassas alanda, uluslararası mahkemelere ve yargıçlara göre daha iyi pozisyonda bulunmaları ile gerekçelendirmektedir⁷². Elbette öngörülen bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Benzer diğer durumlarda olduğu gibi takdir yetkisi “*bireysel fayda*” ile “*toplumsal fayda*” arasında bir denge kurularak kullanılmalıdır⁷³.

2. Kişinin Cinsiyet Kimliği(Gender Identification)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre Sözleşmenin 8. maddesi tarafından korunan alanlardan biri de kişinin cinsiyet kimliğidir⁷⁴. Mahkemenin cinsiyet kimliğine yönelik bakış açısını ortaya koyan davalar daha çok transseksüellerin(cinsiyet değiştirenlerin) durumuna ilişkindir. Bu anlamda Van Kück v. Germany davasının özel bir önemi vardır. Çünkü bu davada Mahkeme özel hayata ilişkin diğer davalarda sıklıkla dile getirdiği “*özel hayatın tanımlanmaya elverişli olmayan geniş bir kavram olduğunu, cinsiyet kimliğinin, cinsel eğilimin ve cinsel hayatın yanında diğer insanlarla ilişki kurmak ve bu ilişkileri geliştirmek hakkını da koruduğunu*” belirttikten sonra 8. maddenin kapsamına “*self-determinasyon*” kavramını eklemiştir. “*Kişisel özerklik*” kavramı ile ilişkilendirdiği “*self-determinasyon*”(kendi belirleme) hakkının en temel unsurlarından birinin “*kişinin kendini kadın ya da erkek olarak tarif etme özgürlüğü*” olduğunu belirten Mahkeme, bu durumun dikkate alınmamasının Sözleşmeye aykırılık oluşturacağını ifade etmiştir⁷⁵. Bununla birlikte cinsiyet değişikliğine bağlı olarak ortaya çıkan

cak biz, “*impose*” sözcüğünü kullandığı bağlamı da dikkate alarak “*dayatma*” olarak Türkçeye çevirdik.

⁶⁹ Bulgakov v. Ukraine, § 43/a.

⁷⁰ Johansson v.Finland, 10163/02, 06.09.2007, § 29.

⁷¹ Bulgakov v. Ukraine, § 43/c.

⁷² Bulgakov v. Ukraine, § 43/b, c.

⁷³ Johansson v.Finland, § 29.

⁷⁴ Bkz. S. and Marper v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 30562/04 ,30566/04, 04.12.2008, § 66; Perry v.The United Kingdom, 63737/00, 17.07.2003, § 36; Schüth v. Germany, 1620/03, 23.09.2010, § 53; Peck v. The United Kingdom, 44647/98, 28.01.2003, § 57; Van Kück v. Germany, 35968/97, 12.06.2003, § 69.

⁷⁵ Bkz. Van Kück v. Germany, § 69; Schlumpf v. Switzerland, 29002/06, 08.01.2009, § 100.

transseksüellerin çeşitli taleplerinin karşılanması konusu, şimdilik, bilimsel belirsizlik, farklı yasal düzenlemeler ve uygulamalar nedeniyle sorumlu devlete bırakılmıştır⁷⁶. Yani bu konuda sorumlu devletlerin takdir yetkisi söz konusudur⁷⁷. Mahkemenin, cinsiyet değişikliğinden sonra, kişiye ait doğum sertifikasının yeni cinsiyet kimliğine uygun olarak değiştirilmesi talebinin reddini Sözleşmenin ihlali olarak görmemesi bu takdir yetkisi nedeniyledir⁷⁸. Ancak takdir yetkisi elbette sınırsız değildir. Sorumlu devlet bu takdir yetkisini toplumsal yarar ile bireysel yarar arasında adil bir denge kurarak kullanmalıdır⁷⁹. Van Kück v. Germany davasında Mahkemenin “*Bu koşullar altında Mahkeme, Alman otoritelerinin 8. maddenin 2. paragrafının olarak sağladığı takdir yetkisini aştığı kanaatindedir.*” ifadesi bu durumu açıkça ortaya koymaktadır⁸⁰. Bununla birlikte transseksüellere ilişkin davalarda Mahkeme toplumun genel yararı ile bireyin haklarının dengelenmesinde teraziye toplumsal yararın lehine ağırlık vermektedir⁸¹.

3. Kişinin Etnik Kimliği ve Yaşam Biçimi (Ethnic Identity and Lifestyle)

Mahkeme, Sözleşmenin 8. maddesi ile ilgili olarak verdiği bazı kararlarında, “*etnik kimliğin*” özel hayatının önemli bir parçası olduğunu belirtmiştir⁸². Mihai Ciubotaru v. Moldova davası bu konuyla yakından ilgilidir. Söz konusu dava, 1952 yılında Sovyet otoritelerce annesi ve babası Moldovalı olarak kaydedilen başvurucunun; bu bilginin doğru olmadığını, anne babasının Romanyalı olduğunu, kendisinin de öyle hissettiğini

⁷⁶ *Roagna*, I.: Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights, Council of Europe human rights handbooks, Council of Europe, Strasbourg, 2012, s.63. (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb11_privatelif_e.pdf, erişim 28.11.2012).

⁷⁷ *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 22985/93, 23390/94, 30.07.1997, § 76.

⁷⁸ *Rees v. The United Kingdom*, 9532/81, 17.10.1986, § 44; *Cossey v. The United Kingdom*, 10843/84, 27.09.1990, § 38.

⁷⁹ Bkz. *Van Kück v. Germany*, § 71; *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*, § 76;

⁸⁰ Bkz. *Van Kück v. Germany*, § 85.

⁸¹ Bkz. *Van Kück v. Germany*; *Schlumpf v. Switzerland*; *Sheffield and Horsham v. The United Kingdom*; *Cossey v. The United Kingdom*.

⁸² Bkz. *S. and Marper v. The United Kingdom*, § 66; *Ciubotaru v. Moldova*, 27138/04, 27.04.2010, § 49; *Aksu v. Turkey*, (Grand Chamber), 4149/04, 41029/04, 15.03.2012, § 58. ; *Coster v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 24876/94, 18.01.2001, § 87; *Jane Smith v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 25154/94, 18.01.2001, § 80; *Lee v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 25289/94, 18.01.2001, § 75; *Beard v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 24882/94, 18.01.2001, § 84.

ve bu nedenle etnik kimliğinin bu yönde değiştirilmesi talebinin ulusal makamlarca reddedilmesi üzerine Mahkeme önüne gelmiştir⁸³. Mahkeme bu davada; “*kişisel özerklik*” kavramının Sözleşmenin 8. maddesinin sağladığı teminatların yorumlanmasında önemli bir ilke olduğunu, bu ilkenin bireye kendi kimliğini oluşturması için bir alan ihdas ettiğini ve etnik kimliğin de bu alan içerisinde yer aldığını hatırlatarak, başvuruçunun talebinin ulusal makamlarca reddinin Sözleşmenin 8. maddesi ile koruma altına alınan özel hayatın ihlali olduğuna karar vermiştir⁸⁴.

Mahkeme tarafından özel hayatın kapsamında değerlendirilen diğer bir husus “*yaşam biçimi*”dir. Bu husus daha çok idarenin, göçebe bir hayat süren Romanların bu yaşam biçimlerini etkileyen müdahalelerde bulunması üzerine gündeme gelmiştir. Söz konusu davalarda Mahkeme, bir Roman olan başvuruçunun kendi karavanında oturmasının göçebe yaşam biçimini yansıttığını ve onun etnik kimliğinin tamamlayıcı bir parçası olduğunu, bu nedenle de söz konusu müdahalenin özel ve aile hayatına etki etme potansiyeli taşıdığını belirtmiştir⁸⁵.

4. *Kişinin Görüntüsü(Image)*

Kişinin görüntüsü(image) üzerindeki hakkını, 2009 yılına kadar, basında(press) yayımlanan resim(picture) bağlamında değerlendiren Mahkeme, *Reklos and Davourlis v. Greece* davası ile bunun kapsamını önemli ölçüde genişletmiştir⁸⁶. Özel bir kliniğin müşteriler için hazırlamayı düşündüğü bir kitapçık için, profesyonel bir fotoğrafçıya çektirilen ve o klinikte doğan bir bebeğin yüzünü gösteren fotoğraflarla ilgili olan *Reklos and Davourlis v. Greece* davasında Mahkeme eski içtihatlarına da atıfta bulunarak; özel hayat kavramının, kimlik hakkını(the right of identity)⁸⁷, kişisel gelişim hakkını(right to personal development)⁸⁸ ve kişisel özerkliği(personal autonomy)⁸⁹ kapsadığını, kişiyi diğerlerinden ayıran ve onun özgün

⁸³ Bkz. *Ciubotaru v. Moldova*.

⁸⁴ *Ciubotaru v. Moldova*, § 49.

⁸⁵ Bkz. *Chapman v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 27238/95, 18.01.2001, § 73; *Jane Smith v. The United Kingdom*, § 80; *Coster v. The United Kingdom*, § 87; *Jane Smith v. The United Kingdom*, § 80; *Lee v. The United Kingdom*, § 75; *Beard v. The United Kingdom*, § 84.

⁸⁶ *Roagna*, s.18. (http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb11_privatelife_en.pdf, erişim 28.11.2012).

⁸⁷ *Wisse v. France*, 71611/01, 20.12.2005, § 24.

⁸⁸ *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 28957/95, 11.07.2002, § 90.

⁸⁹ Bkz. *Evans v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 6339/05, 10.04.2007, § 71; *Pretty v.*

karakterini ortaya koyan görüntüsünün, kişiliğin ve kişisel gelişimin en önemli bileşenlerinden biri olduğunu, bu nedenle kişinin onu kontrol etme hakkı bulunduğunu, kontrol hakkının ise (çoğu zaman) kişiye görüntüsünün kaydına, muhafazasına, çoğaltılmasına ve yayımlanmasına itiraz etme olanağı sağladığını, bu nedenle kişinin izni alınmaksızın görüntüsünün kaydı, muhafazası, çoğaltılması ve yayımlanmasının (çoğu zaman) özel hayat hakkının ihlaline yol açtığını belirtmiştir⁹⁰. Bununla birlikte Mahkeme, ilgili kişinin kamuoyunun ilgisini çeken bir kamu figürü(public figure) olması ve konunun haber değeri taşıması durumunda “kamu yararı” gerekçesiyle kişinin görüntüsünün izni dışında kaydedilmesini haklı görmektedir⁹¹. Güvenlik amacıyla kamu otoritelerince çekilen bir fotoğraf ya da görüntünün kişinin özel hayatına müdahale niteliği taşıyıp taşımadığı ise bunların, nerede ve nasıl çekildiğine, ne amaçla kullanıldığına ve kamuya açıklanıp açıklanmadığına bağlıdır. Sokağa yerleştirilen kapalı devre kameranın (CCTV) kaydettiği ve içinde başvuranın bileklerini kesme anının da bulunduğu görüntülerin medyaya verilmesini, Mahkemenin, başvurucunun kamu figürü olmaması ve söz konusu halka açık mekânda kamusal bir olayın parçası olarak bulunmaması ve görüntülerin kamuya açıklanması nedeniyle Sözleşmenin ihlali olarak görmesi buna örnek olarak verilebilir⁹².

B) Kişinin Onur ve Şöhreti(Honour and Reputation)

Kişinin onur ve şöhretinin özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak korunması gerektiğe dair Sözleşmenin 8. maddesinde herhangi bir ifade yoktur. Mahkemenin ifadesi ile “*bu maddede, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12⁹³ ve 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 17. maddesinden⁹⁴ farklı olarak, bir kişinin onur*

The United Kingdom, 2346/02, 29.04.2002, § 61.

⁹⁰ Reklos and Davourlis v. Greece, 1234/05, 15.01.2009, § 40.

⁹¹ Burada çoğu zaman Sözleşmenin koruduğu iki değer yarışmaktadır: İfade özgürlüğü ve özel hayatın korunması. Mahkeme, özel hayatın korunmasını ifade özgürlüğü karşısında dengelemek zorunda olduğu davalarda her zaman basında yayımlanan fotoğrafların kamu menfaatine yaptığı katkıyı dikkate almıştır. Bkz. News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 31457/96,11.01.2000, § 52; Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria, 34315/96, 26.02.2002, § 33, 37; Von Hannover v. Germany, 59320/00, 24.06.2004, § 76.

⁹² Bkz. Peck v. The United Kingdom, § 62.

⁹³ İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 12. maddesine göre, “*Kimsenin özel hayatına, ailesine, konutuna veya haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, onur ve şöhretine (honour and reputation) saldırılmaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.*”

⁹⁴ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası sözleşmenin 17. maddesinin 1. fıkrasına göre,

ve şöhretine(honour and reputation) yönelik saldırılara karşı bir koruma sağlandığı açıkça belirtilmemiştir.”⁹⁵ Sadece Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında ifade hürriyetinin “başkalarının şöhret(reputation) ve haklarının korunması” için sınırlanabileceği belirtilmektedir. Bu nedenle onur ve şöhrete yönelik saldırı iddiaları genellikle 10. maddede düzenlenen hakkın(ifade hürriyeti) kullanımı ile ilgili olarak Mahkemenin önüne gelmiştir.

Mahkeme, özellikle son yıllarda verdiği kararlarda, “kişinin şöhretinin (reputation), özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak, Sözleşmenin 8. maddesi tarafından korunduğunu” açıkça ifade etmektedir⁹⁶. Pfeifer v. Austria davasında Mahkeme, “bir kişinin şöhretinin, onun kişisel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir kısmını oluşturduğunu ve bu nedenle özel hayat kapsamına girdiğini” belirtmiştir⁹⁷. Aynı şey kişinin onuru(honour) için de geçerlidir⁹⁸. Ancak bu tür durumlarda Sözleşmenin 8. maddesinin uygulanabilmesi için “kişinin onur ve şöhretine yönelik saldırının vahameti belirli bir seviyeye ulaşmalı ve özel hayata saygı hakkından yararlanan kişi için bir şekilde önyargıya neden olmalıdır.”⁹⁹ Mahkeme, saldırının “kişinin normal bir hayat sürmesine engel olma potansiyeli taşımasını”, bu konuda bir ölçü olarak kabul etmektedir¹⁰⁰.

Kişinin onur ve şöhretinin, özel hayata saygı hakkının bir parçası olduğu konusunda tutarlı kararlara imza atarak tartışmalara noktayı koyan Mahkemenin bu tür davalarda dikkat ettiği en önemli husus, Sözleşmenin ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesi ile özel hayatı düzenleyen 8. maddesi arasında adil bir dengenin(a fair balance) kurulup kurulmadığıdır¹⁰¹. Çatışma hâlinde bulunan her iki hakka dikkat çekerek çatışmayı dengeli bir yaklaşımla çözmeye çalışan Mahkeme¹⁰², bu tür davalarda sıklıkla karşılaşılan

“Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru ve şöhreti (honour and reputation) hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.”

⁹⁵ A. v. Norway, 28070/06, 09.04.2009, § 63.

⁹⁶ Bkz. Chauvy and Others v. France, 64915/01, 29.06.2004, § 70; White v. Sweden, 42435/02, 19.09.2006, § 26; Leempoel&S.A. ED. Ciné Revue v. Belgium, 64772/01, 09.11.2006, § 67; Pfeifer v. Austria, 12556/03, 15.11.2007, § 35.

⁹⁷ Pfeifer v. Austria, § 35.

⁹⁸ Sanchez Cardenas v. Norway, 12148/03, 04.10.2007, § 38; A. v. Norway, § 63, 64.

⁹⁹ A. v. Norway, § 64.

¹⁰⁰ Bkz. Sidabras and Dziautas v. Lithuania,55480/00, 59330/00, 27.07.2004, § 49.

¹⁰¹ Bkz. A. v. Norway, § 65; Pfeifer v. Austria, § 38; Chauvy and Others v. France, § 70.

¹⁰² Smet, S.: “Freedom of Expression and the Right to reputation: Human Rights in Conflict”,

“bireysel menfaat” ile “kamusal menfaat” arasındaki rekabeti bir bütün olarak değerlendirmektedir¹⁰³.

C) Kişisel Veriler(Personal Data)

Sözleşmenin 8. maddesi ile güvence altına alınan “özel hayat” kavramının kapsamına giren en önemli konulardan biri de kişisel verilerdir. Özel hayat kavramının geniş yorumlanması gerektiğini düşünen Mahkeme, bir kişinin özel hayatı ile ilgili veri toplanmasını, bu verilerin saklanmasını ve kullanılmasını Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir¹⁰⁴.

Mahkemenin, kişisel verilerin toplanması, saklanması ve kullanılmasına ilişkin başvurular üzerine verdiği birçok kararda, “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına Dair Sözleşme*”ye¹⁰⁵ atıfta bulunması, onun, bu Sözleşmedeki “*kişisel veri*” tanımını benimsediğini ortaya koymaktadır¹⁰⁶. Söz konusu Sözleşmenin 2. maddesinde kişisel veriler, “*kişinin kimliğini belirten ya da belirtmeye elverişli olan her türlü bilgi*” olarak tanımlanmaktadır. Peki, hangi bilgiler kişinin kimliğini belirtir ya da belirtmeye elverişlidir?

Mahkemenin sıklıkla atıfta bulunduğu söz konusu Sözleşmenin “*özelliikli veri kategorileri*” başlığını taşıyan 6. maddesine göre, “*iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk menşeyini, politik düşünceleri, dinî veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerle sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel nitelikteki veriler ve ceza mahkûmiyetleri, otomatik*

American University International Law Review, Volume:26, Issue:1, s.232.

¹⁰³ Pfeifer v. Austria, § 37.

¹⁰⁴ Bkz. Leander v. Sweden, 9248/81, 26.03.1987, § 48; Amann v. Switzerland, (Grand Chamber), 27798/95, 16.02.2000, § 65; Rotaru v. Romania, (Grand Chamber), 28341/95, 04.05.2000, § 44; Peck v. The United Kingdom, § 59; Mitkus v. Latvia, 7259/03, 02.10.2012, § 137. Bununla birlikte kişisel verilerin, özel hayatın gizliliği hakkının geleneksel yaklaşımıyla ve bu alanda benimsenen ilkelerle korunmaya çalışılmasının, teknolojik alanda yaşanan gelişmeler karşısında yetersiz kaldığı, kendine özgü bazı gereklilikleri nedeniyle ayrı bir alan olarak ele alınması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bkz. *Küzeci*, E.: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, 2010, s.70.

¹⁰⁵ Orijinal adı “*Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*” olan bu Sözleşme Avrupa Konseyi tarafından 28 Ocak 1981 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. (<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>, erişim 26.01.2013). Türkçe metni için bkz. (http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aa_108.htm, erişim 26.01.2013).

¹⁰⁶ Bkz. Amann v. Switzerland, § 65; Rotaru v. Romania, § 43; Cemalettin Canli v. Turkey, 22427/04, 18.11.2008, § 34; Uzun v. Germany, 35623/05, 02.09.2010, § 46.

*bilgi işlemine tâbi tutulamazlar.*¹⁰⁷ Bu maddeden hareketle, söz konusu Sözleşmeye göre kişinin kimliğini belirten ya da belirtmeye elverişli verilerin “*özellikli veriler*” ve “*diğer veriler*” olmak üzere ikiye ayrıldığı söylenebilir.



Özellikli kişisel verilerin ne olduğu konusunda her hangi bir sorun yoktur. Çünkü Sözleşmenin 6. maddesinde “*ırk menşeinin*”, “*politik düşünceleri, dinî veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerin*”, “*sağlıkla ilgili kişisel verilerin*”, “*cinsel yaşamla ilgili kişisel verilerin*” ve “*ceza mahkûmiyetlerinin*” özellikli kişisel veriler olduğu açıkça belirtilmiştir. Sorun bu maddede sayılmayan, ancak kişinin kimliğini belirten ya da belirtmeye elverişli diğer verilerin neler olduğuna ilişkindir. Bu sorunu çözmek için başvuracağımız en önemli kaynak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihat bankasıdır. Bu tür iddialar içeren başvurular üzerine verilen kararlar incelendiğinde; kişinin görüntüsünün¹⁰⁸, fotoğraflarının¹⁰⁹, parmak izinin¹¹⁰, DNA profilinin¹¹¹, hücre örneklerinin¹¹², ev adresinin¹¹³ ve kişisel mali harcamalarının detaylarının¹¹⁴ da “*kişisel veri*” kapsamında değerlendirildiği görülür. Bununla birlikte, gelişmelere bağlı olarak, nihai nitelikte olmayan bu listenin kapsamının genişlemesi kaçınılmazdır.

Yukarıda Mahkemenin, bir kişinin özel hayatı ile ilgili veri toplanmasını, bu verilerin saklanması ve kullanılmasını Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirdiğini belirtmiştik. Ancak Sözleşmenin 8. maddesi ile koruma altına alınan “*özel hayat*” hakkının ihlali için toplama, saklama ve kullanma eylemlerinin birlikte gerçekleşmesi gerekmez. Her bir eylem tek başına bu hakkın ihlaline neden olabilir. Nitekim Mahkeme S.

¹⁰⁷ (http://www.avrupakonseysi.org.tr/antlasma/aas_108.htm, erişim 26.01.2013)

¹⁰⁸ Peck v. The United Kingdom.

¹⁰⁹ Sciacca v. Italy, 50774/99, 11,01,2005.

¹¹⁰ S. and Marper v. The United Kingdom, § 69.

¹¹¹ S. and Marper v. The United Kingdom, § 69.

¹¹² S. and Marper v. The United Kingdom, § 69.

¹¹³ Alkaya v. Turkey, 42811/06, 09.10.2012.

¹¹⁴ X. v. Belgium, (Decision), 2568/65, 06.02.1968.

and Marper v. The United Kingdom davasında, önceki kararlarına da atıfta bulunarak¹¹⁵, “sadece bir kişinin özel hayatı ile ilgili bilgi saklanması da Sözleşmenin 8. maddesi anlamında bir müdahale oluşturduğunu, bu bilginin daha sonra kullanılıp kullanılmamasının bir önemi olmadığını” belirtmiştir.¹¹⁶ Bununla birlikte Mahkeme, toplanan ve saklanan bilgilerin niteliğini, kullanılma biçimini ve elde edilmesi muhtemel sonuçları da dikkate almaktadır¹¹⁷. Kullandığı ölçüt ise Sözleşmenin 8. maddesinin 1. fıkrası ile 2. fıkrası arasında “adil bir dengenin” kurulup kurulmadığıdır. Mahkemenin bu anlamda dikkat çeken ilk kararlarından biri, gizli izlemeye ilişkin bir yasanın Sözleşmeye uygunluğunun denetlendiği Klass and Others v. Germany davasında verilmiştir. Söz konusu davada Mahkeme, istihbarat servislerinin, gizli izleme yoluyla bireylerin haklarına yönelik müdahalelerinin “etkili bir denetime”(an effective control) tabi tutulması gerektiğini¹¹⁸, casusluk ve terörizm ile mücadele gerekçe gösterilerek her türlü tedbirin alınamayacağını¹¹⁹, 8. madde ile güvence altına alınan hak ile demokratik bir toplumun korunması amacıyla gizli izleme yapılmasının gerekliliği arasında bir dengenin kurulması gerektiğini¹²⁰ ifade etmiştir¹²¹. Ancak Mahkeme, Leander v. Sweden davası ile bu konuda gerileme kabul edilebilecek bir adım atmıştır. Davaya konu olan olayda başvurunun, askeri güvenlik bölgesinde yer alan denizcilik müzesindeki görevine, yapılan güvenlik soruşturmasının olumsuz sonucu gerekçe gösterilerek son verilmiş; ancak bu bilgilerin içeriği hakkında kendisine bilgi verilmemiştir. Başvurucu, kendisi hakkında bilgi toplanmasının, toplanan bu bilgilerin içeriği hakkında kendisine bilgi verilmemesinin ve bu bilgilerin yanlışlığını kanıtlama hakkının kendisinden esirgenmesinin özel hayat hakkının ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme bu davada, söz konusu durumun, Sözleşmenin 8. maddesi ile güvence altına

¹¹⁵ Leander v. Sweden, § 48; Amann v. Switzerland, § 69; Kopp v. Switzerland, 23224/94, 25.03.1998, § 53.

¹¹⁶ Bkz. S. and Marper v. The United Kingdom, § 67.

¹¹⁷ Bkz. S. and Marper v. The United Kingdom, § 67; Peck v. The United Kingdom, § 59.

¹¹⁸ Bkz. Klass and Others v. Germany, § 55. Benzer bir değerlendirme için bkz. Loenen, B. V. - Zevenbergen, J.A.: “The Impact of the European Privacy Regime on Location Technology Development”, *Journal of Location Based Services*, Volume:1, No:3, 2007, s.171. (<http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17489720701779644>, erişim 25.01.2013)

¹¹⁹ Bkz. Klass and Others v. Germany, § 49.

¹²⁰ Bkz. Klass and Others v. Germany, § 59.

¹²¹ Benzer bir değerlendirme için bkz. Loenen -Zevenbergen, s.171, (<http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17489720701779644>, erişim 25.01.2013); Atak, S.: “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, *TBB Dergisi*, sayı:87, 2010, s.103, 104.

alınan özel hayat hakkına müdahale niteliği taşıdığını¹²²; ancak bu müdahaleyi haklı kılan koşulların da bulunduğunu belirtmiştir¹²³. Ulusal güvenlik bakımından önem arz eden görevlere getirilecek kişilerin bu görevler için uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde, bu kişiler hakkında toplanan verilerin kullanılabilmesini kabul eden Mahkeme, bu davada, başvuruçunun müzede yapacağı işin niteliği üzerinde durmaması, bu görevin ulusal güvenlik bakımından önem arz edip arz etmediğini incelememesi, yukarıda bahsedilen dengeyi en azından bu davada gözetmediğini ortaya koymaktadır¹²⁴. Bununla birlikte Mahkemenin kişisel verilerin toplanması, saklanması ve açıklanması konusundaki bugünkü anlayışı Leander kararından birkaç adım ötededir¹²⁵.

D) Kişinin Fiziksel ve Psikolojik Bütünlüğü (Physical and Moral Integrity)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün” özel hayat kavramına dâhil olduğunu, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne yönelik müdahalelerin bazı durumlarda “özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlığını taşıyan Sözleşmenin 8. maddesinin ihlâli olabileceğini ifade etmektedir. Mahkeme bu tutumunu “özel hayat, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsar ve garanti altına alır”¹²⁶, “Mahkeme, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün özel hayat kavramı içinde yer aldığını düşünmektedir”¹²⁷, “Sözleşmenin 8.maddesi kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü güvence altına alır”¹²⁸, “kişinin maddi ve manevi bütünlüğü özel hayat kavramı içinde yer alır”¹²⁹ gibi ifadelerle açıkça ortaya koymuştur. Her ne kadar Mahkeme bazen “maddi ve manevi bütünlük”(physical and moral integrity)¹³⁰, bazen ise “fiziksel ve psikolojik bütünlük”(physical and psychological integrity)¹³¹ ifadelerini kullansa da, bu ifadelerin kullanıldığı bağlam incelendiğinde korunan değer aynı olduğu görülür. Bu değer kişinin

¹²² Leander v. Sweden, § 48.

¹²³ Bkz. Leander v. Sweden, § 67, 68.

¹²⁴ Atak, s. 105-106.

¹²⁵ Akulloğlu, T.: “İdari Usul ve Kişisel Verilerin Korunması”, (<http://www.idare.gen.tr/akillioğlu-idariusul.htm>, erişim 25.01.2013)

¹²⁶ S. And Marper v. The United Kingdom, § 66.

¹²⁷ Y.F. v. Turkey, 24209/94, 22.07.2003, § 33.

¹²⁸ Juhnke v. Turkey, 52515/99, 13.05.2008, § 71.

¹²⁹ A. v. Croatia, 55164/08, 14.10.2010, § 58.

¹³⁰ Bkz. Juhnke v. Turkey, § 71; A. v. Croatia, § 58.

¹³¹ Bkz. S. And Marper v. The United Kingdom, § 66; Avram and Others v. Moldova, 41588/05, 05.07.2011, § 37; Y.F. v. Turkey, § 33.

“fiziği” ve “psikolojisi”dir. Bu konuda herhangi bir tartışma yoktur. Tartışma, kişinin “fiziği” ve “psikolojisi”ne yönelik hangi müdahalelerin Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olduğuna ilişkindir. Sözleşmenin hem 3. maddesi, hem de 8. maddesi tarafından korunan kişinin “fiziksel ve psikolojik bütünlüğü” konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ortaya koyduğu temel yaklaşım şöyledir:

- 1) **Sözleşmenin 8. maddesi kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de güvence altına alır¹³². Ancak kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü olumsuz yönde etkileyebilecek her hareket veya önlem Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali anlamına gelmez¹³³.** Nitekim Mahkeme, üst düzey bir disiplinin uygulandığı yatılı bir okulun hazırlık sınıfına devam eden ve davranışları nedeniyle birçok kez uyarılan yedi yaşındaki bir öğrencinin kaba etine, okul müdürü tarafından bir jimnastik ayakkabısının kauçuk tabanıyla vurulmasını Sözleşmenin 3 ve 8. maddesinin ihlali olarak görmemiştir¹³⁴. Mahkemenin bu kararında, hem verilen cezanın hafifliği, hem de öğrenci ve müdür dışında olay mahallinde başka kimsenin bulunmaması önemli rol oynamıştır¹³⁵.
- 2) **Kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü konusunda, Sözleşmenin 8. maddesi, Sözleşmenin 3. maddesinin ötesinde bir koruma sağlar¹³⁶.** “İşkencenin yasaklanması” başlığını taşıyan Sözleşmenin 3. maddesine göre, “hiç kimse işkence veya insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezaya maruz bırakılamaz.” Görüldüğü üzere bu maddenin koruduğu en temel değerlerden biri de kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğüdür. Ancak her türlü kötü muamele(ill-treatment) 3. madde kapsamında değerlendirilemez. Mahkemeye göre, kötü muamelenin 3. madde kapsamına

¹³² Juhnke v. Turkey, § 71; A. v. Croatia, § 58; S. and Marper v. The United Kingdom, § 66; Avram and Others v. Moldova, § 37; Y.F. v. Turkey, § 33.

¹³³ Costello -Roberts v. The United Kingdom, § 36.

¹³⁴ Bkz. Costello- Roberts v. The United Kingdom.

¹³⁵ Kararda yer alan “..o anda başka kimse yoktu” ifadesi, Mahkemenin bunu dikkate aldığına delil olarak gösterilebilir. Bkz. Costello- Roberts v. The United Kingdom, § 9. Benzer bir tespit için bkz. *Kilkelly*, U.: The right to respect for private and family life, A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbook, No:I, Council of Europe, 2007, s.15. Söz konusu kitapçığa (http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/77A6BD48-CD95-4CFF-BAB4-ECB974C5BD15/0/DG2ENHRHA_ND012003.pdf, erişim 28.07.2012) internet adresinden ulaşılabilir.

¹³⁶ Costello- Roberts v. The United Kingdom, § 34, 36.

girebilmesi için “*belli bir asgari şiddet düzeyine*” ulaşması gerekmektedir. Bu şiddet düzeyi belirlenirken muamelenin süresi, doğurduğu fiziksel ve ruhsal etkiler, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi çeşitli faktörler dikkate alınmaktadır¹³⁷. İşte bu faktörler dikkate alınarak yapılan değerlendirmede, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü ihlal eden fakat “*belli bir asgari şiddet düzeyine*” ulaşmamış kötü muameleler, bazen Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir¹³⁸. Başka bir ifadeyle Costello-Robert davasındaki gibi çok hafif olmayan, ancak 3. maddenin uygulanabilmesi için gerekli olan “*belli bir asgari şiddet düzeyine*” de ulaşmayan kötü muameleler Sözleşmenin 8. maddesinin korumasındadır. Bu nedenle kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü konusunda, Sözleşmenin 8. maddesi, Sözleşmenin 3. maddesinin ötesinde bir koruma sağlar. Wainwright v. The United Kingdom davasında, yakınlarını ceza evinde ziyaret etmek isteyen başvurucuların, güvenlik nedeniyle, rektal inceleme dâhil soyularak aranmalarının ve maruz kaldıkları bu abartılı güvenlik önlemleri nedeniyle bunalıma girmelerinin, “*belli bir asgari şiddet düzeyine*” ulaşmadığı gerekçesiyle 3. madde kapsamında değil de 8. madde kapsamında değerlendirilmesi buna verilebilecek örneklerden biridir¹³⁹. Ancak “*belli bir asgari şiddet düzeyine*” ulaşan kötü muameleler genellikle Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir. Buna göre aynı eylem muamelenin süresi, doğurduğu fiziksel ve ruhsal etkiler, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi çeşitli faktörler dikkate alınarak bazen Sözleşmenin 3. maddesinin, bazen de Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak görülmektedir. Örneğin; Mahkeme, Juhnke v. Turkey davasında, “*herhangi bir tıbbi sebep olmaksızın ilgilinin rızası dışında*” yapılan jinekolojik muayeneyi, Sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak görürken¹⁴⁰, Yazgül Yılmaz v. Turkey davasında 16 yaşındaki başvurucunun maruz kaldığı aynı

¹³⁷ Bkz. Stanev v. Bulgaria, (Grand Chamber), 36760/06, 17.01.2012, § 202; M.S.S. v. Belgium and Greece, (Grand Chamber), 30696/09, 21.01.2011, § 219; A, B and C v. Ireland, (Grand Chamber), 25579/05, 16.12.2010, § 164; A. and Others v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 3455/05, 19.02.2009, § 127; Cruz Varas and Others v. Sweden, 15576/89, 20.03.1991, § 83; Yazgül Yılmaz v. Turkey, 36369/06, 01.02.2011, § 40.

¹³⁸ Wainwright v. The United Kingdom, 12350/04, 26.09.2006, § 43; Juhnke v. Turkey, § 71.

¹³⁹ Wainwright v. The United Kingdom, § 46.

¹⁴⁰ Bkz. Juhnke v. Turkey, § 71, 77.

eylemi, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali olarak görmüştür¹⁴¹.

- 3) **Sözleşmenin 3 ve 8. maddelerinin birlikte uygulanması mümkündür.** Mahkeme özellikle 2003 yılından sonra Sözleşmenin 3 ve 8. maddelerini sıklıkla birlikte uygulamaktadır. Bu anlamdaki ilk dava, 14 yaşındaki bir kıza iki kişinin tecavüz etmesine ilişkin M.C. v. Bulgaria davasıdır¹⁴². Bu davada Mahkeme, başvuruçunun, cinsel istismar ve tecavüze karşı yeteri derecede korunmadığı gerekçesiyle Sözleşmenin 3 ve 8. maddelerinin birlikte ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁴³. Bununla birlikte Sözleşmenin 3 ve 8. maddelerinin birlikte ihlal edildiği bariz olan bazı davalarda, eğer 3. madde bağlamında bir ihlal tespit edilmişse, 8. madde kapsamında yapılan şikâyetin değerlendirilmesi gereksiz görülmektedir¹⁴⁴.

KİŞİNİN FİZİKSEL VE PSİKOLOJİK BÜTÜNLÜĞÜNE YÖNELİK MÜDAHALENİN ŞİDDET DÜZEYİ	UYGULANABİLECEK MADDE
<i>Costello-Robert davasındaki gibi çok hafif olursa</i>	İkisi de uygulanmaz
<i>“Belli bir asgari şiddet düzeyine” ulaşmamışsa</i>	Sadece 8. madde uygulanır
<i>“Belli bir asgari şiddet düzeyine” ulaşmışsa</i>	(koşullara bağlı olarak) Sadece 3. madde uygulanır
<i>“Belli bir asgari şiddet düzeyine” ulaşmışsa</i>	(koşullara bağlı olarak) 3 ve 8. madde birlikte uygulanır.

- 4) **Özel hayatın en mahrem yönünü oluşturan kişinin bedenine yönelik “tıbbi müdahaleler” Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir¹⁴⁵.** Mahkeme, Juhnke v. Turkey davasında,

¹⁴¹ Bkz. Yazgül Yılmaz v. Turkey, § 53.

¹⁴² Roagna, s.24-25.

¹⁴³ M.C. v. Bulgaria, 39272/98, 04.12.2003, § 187; benzer başka karar için bkz. E.S. and Others v. Slovakia, 8227/04, 15.09.2009; Ebcin v. Turkey, 19506/05, 01.02.2011.

¹⁴⁴ Bkz. Jalloh v. Germany, 54810/00, 11.07.2006, § 86; Yazgül Yılmaz v. Turkey, § 69.

¹⁴⁵ Y.F. v. Turkey, § 33. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Arslan Öncü, G.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul, 2011, s. 86 vd.

“herhangi bir tıbbi sebep olmaksızın ilgilinin rızası dışında” yapılan jinekolojik muayeneyi, kişinin fiziksel bütünlüğüne müdahale olarak kabul etmiş ve 8. maddenin ihlali olarak görmüştür¹⁴⁶. Ancak her “tıbbi müdahale” Sözleşmenin ihlali olarak kabul edilemez. Kişinin özel hayatına yönelik kamu otoritesinin müdahalesini haklı kılan çeşitli nedenler vardır. Bu nedenlerden biri de “toplumun ve kişinin sağlığının korunması”dır. Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen bu neden Mahkeme kararlarına da yansımıştır. Herczegfalvy v. Austria davasında Mahkeme, açlık grevi yapan başvuruçunun sağlığını korumak amacıyla zorla beslenmesini, psikolojik sorunları ve kendi kararlarını verme konusundaki yetersizliğini gerekçe göstererek, özel hayata müdahale olarak görmemiştir¹⁴⁷.

- 5) **Devletin fiziksel ve psikolojik bütünlüğün ihlal edilmesine karşı kişileri koruma yönünde bir pozitif yükümlülüğü vardır.** Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde düzenlenen “özel ve aile hayatına saygı hakkı”, sadece kamu otoritelerine karşı değil, diğer kişi ya da kuruluşlara karşı da bir koruma sağlar¹⁴⁸. Her ne kadar Sözleşmenin 34. maddesinde, başvuruların ancak Sözleşmeyi çiğnediği ileri sürülen devlete karşı yapılabileceği belirtilse de, ihlal birey aracılığı ile devlete yüklenebiliyorsa, yani ihlal devletin “pozitif yükümlülüğü”nü yerine getirmemesinin sonucu ise, devlet aleyhine şikâyette bulunulabilecektir¹⁴⁹. Mahkemeye göre devletin bu “pozitif yükümlülüğü”nün dayanağı Sözleşmenin 1. maddesindeki “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, kendi yetki sahaları içinde bulunan herkese, bu Sözleşmenin Birinci Bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar.” hükmüdür. Çünkü bu hüküm, taraf devletlere, söz konusu hak ve özgürlükleri çiğnememe taahhüdü (negatif yükümlülük) yanında, özel ve aile hayatına saygının sağlanması konusunda gerekli önlemleri alma yükümlülüğünü de yükler¹⁵⁰. Devlet, bu hakların korunması için gerekli cezai düzenlemeleri yapmalı ve pratikte etkili bir kovuşturma ve soruşturma ile bunun takip edilme

¹⁴⁶ Bkz. Juhnke v. Turkey, § 71, 77.

¹⁴⁷ Herczegfalvy v. Austria, 10533/83, 24.09.1992, § 83, 86.

¹⁴⁸ Salihpaşaoğlu, Y.: Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Ankara, 2007, s.60; Arslan Öncü, s.56.

¹⁴⁹ Gözübüyük - Gölcüklü, s.45.

¹⁵⁰ Gözübüyük - Gölcüklü, s.45-48. Bkz. X and Y v. The Netherlands, 8978/80, 26.03.1985, § 23;

olanağını sağlamalıdır¹⁵¹. Kısaca devlet, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü “başkalarına” karşı korumalıdır¹⁵². Mahkemenin, bir kadına kocası tarafından uygulanan şiddeti önleyemeyen bir devletin, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü korumak için gerekli pozitif önlemleri almadığı gerekçesiyle mahkûm etmesi bu konuda verilebilecek ilginç örneklerden biridir¹⁵³.

- 6) **Çevreden kaynaklanan koku ve gürültü gibi faktörler kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü ile ilgilidir.** Mahkeme, 8. maddenin temiz ve sessiz bir çevrede yaşama hakkını açıkça tanımadığını, fakat bir kişinin gürültü veya başka çeşit bir çevre kirliliğinden doğrudan ve ciddi biçimde etkilenmesi söz konusu olursa 8. maddeye ilişkin bir sorunun ortaya çıkabileceğini belirtmiştir¹⁵⁴. Nitekim Lopez Ostra-Spain davasında, Mahkeme, başvurusunun evinin yakınında bulunan deri fabrikasından yayılan ve birçok kişinin hastalanmasına neden olan duman ve pis kokunun özel ve aile hayatını çekilmez hâle getirdiği iddiasını, “şiddetli çevre kirliliği bireyin huzurunu etkileyebilmekte ve evlerinde rahat yaşamalarını engellemektedir” gerekçesiyle kabul etmiştir¹⁵⁵. Aynı şekilde Guerra and Others v. Italy davasında Mahkeme, başvuruçuların yaşadığı bölgenin yakınında bulunan ve kimyasal maddeler üreten bir fabrikanın üretim esnasında büyük miktarda parlayıcı gaz, sülfür dioksit, nitrik oksit, sodyum, amonyak, metal hidrit, benzoik asit ve daha da önemlisi arsenik trioksidin havaya karıştığı ve önlem alınmadığı için Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasını da aynı gerekçeyle haklı bulmuştur¹⁵⁶. Heathrow havaalanını kullanan uçakların neden olduğu aşırı sesle ilgili bir davada Mahkeme, “aşırı ses başvurusunun özel hayatını ve evdeki

¹⁵¹ M.C. v. Bulgaria, § 153.

¹⁵² Bkz. A. v. Croatia, § 60; X and Y v. The Netherlands, § 22, 23; D.P. and J.C. v. The United Kingdom, 38719/97, 10.10.2002, § 118; M.C. v. Bulgaria, § 150, 152; Bevacqua and S. v. Bulgaria, 71127/01, 12.06.2008, § 65.

¹⁵³ Bkz. A. v. Croatia, § 57.

¹⁵⁴ Bkz. Hatton and Others v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 36022/97, 08.07.2003, § 96; Powell and Rayner v. The United Kingdom, 9310/81, 21.02.1990, § 40; Lopez Ostra v. Spain, 16798/90, 09.12.1994, § 51; Guerra and Others v. Italy, (Grand Chamber), 14967/89, 19.02.1998, § 57.

¹⁵⁵ Lopez Ostra v. Spain, § 51.

¹⁵⁶ Guerra and Others v. Italy, § 60.

*konforunu doğrudan etkiler*¹⁵⁷ diyerek bu tür durumların da 8. madde kapsamında değerlendirilebileceğini ortaya koymuştur.

- 7) ***Kadının isteğine bağlı olarak gerçekleştirilen kürtaj fiziksel ve psikolojik bütünlükle ilgilidir ve özel hayat kapsamında değerlendirilir.*** Strasbourg makamlarının, hamile bir kadının özel hayatının gelişmekte olan cenin ile yakından ilgili olduğuna dair bakış açısı 1970’li yıllara kadar geri gider¹⁵⁸. Kürtaja ilişkin bir yasa nedeniyle yapılan başvuruda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanan raporda yer alan, “*bir kadının özel hayatı hamile kaldığı andan itibaren cenin ile yakından ilgilidir*”¹⁵⁹ ifadesi sonraki benzer başvurular için önemli bir referans oluşturmuştur¹⁶⁰. Elbette bu ifade Sözleşmenin 8.maddesinin kürtajı bir hak olarak tanıdığı anlamına gelmez. Mahkemenin A, B and C v. Ireland davasında, Sözleşmenin 8. maddesinin kürtaj hakkı veriyor şeklinde yorumlanamayacağını, ancak onun yasaklanmasının özel hayat kapsamında yer alan fiziksel ve psikolojik bütünlüğün korunması ile yakından ilgili olduğunu belirtmesi¹⁶¹ bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Ancak kürtaj sadece annenin değil, aynı zamanda potansiyel babanın ve doğmamış çocuğun haklarıyla da yakından ilgilidir. Bu nedenle ilgili devletlerin kürtajın belli koşullarda yasaklanması ya da serbest bırakılması konusunda takdir yetkileri vardır. Elbette ki bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Sınırlama getirilirken çatışma hâlinde bulunan haklar arasında bir denge kurulmalıdır¹⁶². Ancak Mahkeme söz konusu haklarının dengelenmesinde teraziye annenin lehine ağırlık vermektedir. Stasbourg makamlarının, Sözleşmenin 2. maddesinin ceninin “*hayat hakkını*” mutlak anlamda korumadığına dair verdiği birçok karar¹⁶³ ve babanın isteği dışında gerçekleştirilen kürtajı potansiyel

¹⁵⁷ Powell and Rayner v. The United Kingdom, § 40.

¹⁵⁸ Roagna, s.21.

¹⁵⁹ Brüggemann and Scheuten v. Germany, 6959/75, Report of the Commission, 12.07.1977, § 59.

¹⁶⁰ Bkz. X. v. The United Kingdom, (Decision), 8416/79, 13.05.1980, § 27; Vo v. France, (Grand Chamber) 53924/00, 08.07.2004, § 76; Tysiãc v. Poland, 5410/03, 24.09.2007, § 106; A, B and C v. Ireland, § 213; R.R. v. Poland, 27617/04, 26.05.2011, § 181.

¹⁶¹ A, B and C v. Ireland, § 214; P. and S. v. Poland, 57375/08, 30.10.2012, § 96.

¹⁶² A, B and C v. Ireland, § 213, 237; Vo v. France, § 80.

¹⁶³ Bkz. X. v. The United Kingdom; Vo v. France, § 77; Boso v. Italy, (Decision), 50490/99,

babanın özel hayat hakkının ihlali olarak görmemesi ve kürtaj konusunda kararı anneye bırakan yasayı devletlere tanınan takdir yetkisi dâhilinde değerlendirmesi¹⁶⁴ bu durumu açıkça ortaya koymaktadır.

E) *Kişinin Cinsel Hayatı(Sexual Life)*

Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında yer alan unsurlardan biri de cinsel hayattır(sexual life)¹⁶⁵. Mahkemeye göre gönüllü homoseksüel ilişkiler de bu durumdan yararlanır¹⁶⁶. Hatta özel alanda gerçekleşen homoseksüel ilişkileri yasaklayan bir mevzuatın varlığı bile tek başına özel hayatı etkileme ihtimali vardır¹⁶⁷. Çünkü Mahkemeye göre, toplumun bir kesiminin eşcinselliği ahlak dışı görmesinin ve bu durumu kabullenememesinin, tek başına bu tür davranışların yasaklanmasını gerektirmez¹⁶⁸. Bununla birlikte kapalı kapılar ardında gerçekleşen tüm cinsel aktiviteler özel hayat kapsamında değerlendirilemez. Birtakım cinsel ilişki biçimlerinin düzenlenmesi ve yaş, sağlık, ahlak gibi gerekçelerle sınırlanması “*demokratik bir toplumda gerekli olma*” ölçütüne uygundur¹⁶⁹. Örneğin Mahkemeye göre encest(encest)¹⁷⁰ ve bazı sado-masochistic¹⁷¹ ilişkiler kapalı kapılar ardında gerçekleşse de Sözleşmenin 8. maddesinin sağladığı korumadan yararlanamazlar. Bu konuda taraf devletlerin takdir yetkisi vardır ve bu tür ilişkilerin yasaklanması ve yaptırıma bağlanması özel hayatın ihlali olarak kabul edilmemektedir¹⁷². Bahsi geçen kararlarda da görüldüğü üzere kişinin cinsel hayatı özel hayatının en mahrem alanlarından birini oluşturmaktadır. Bu nedenle söz konusu alanda devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri vardır. Negatif yükümlülük bu alana “demokratik bir toplumda gerekli olmadığı” takdirde müdahale edilmemesini gerektirirken, pozitif yükümlülük bu alana yatay ilişkiler bağlamında

05.09.2002.

¹⁶⁴ Bkz. H. v. Norway, (Decision), 17004/90, 19.05.1992; Boso v. Italy.

¹⁶⁵ Bkz. Dudgeon v. The United Kingdom, 7525/76, 22.10.1981, § 41; Stubing v. Germany, 43547/08, 12.04.2012, § 55; Hass v. Switzerland, 31322/07, 20.01.2011, § 50; Laskey and Others v. The United Kingdom, 21627/93, 21826/93, 21974/93, 19.02.1997, § 36.

¹⁶⁶ Dudgeon v. The United Kingdom, § 62.

¹⁶⁷ Modinos v. Cyprus, 15070/89, 22.04.1993, § 24; A.D.T. v. The United Kingdom, 35765/97, 31.10.2000, § 23.

¹⁶⁸ Norris v. Ireland, 10581/83, 26.10.1988, § 46.

¹⁶⁹ Dudgeon v. The United Kingdom, § 62; A.D.T. v. The United Kingdom, § 37.

¹⁷⁰ Stubing v. Germany, § 66.

¹⁷¹ Bkz. Laskey and Others v. The United Kingdom, § 36.

¹⁷² Stubing v. Germany, § 66.

yönelecek tehditlerin ortadan kaldırılmasını gerektirmektedir¹⁷³. Bu nedenle yatay ilişkiler bağlamında bir kişinin cinsel hayatına müdahale edilmesi, bu alanda gerçekleşen aktivitelere dair fotoğraf ve görüntülerinin yayımlanması da özel hayata müdahale niteliğindedir. Ancak bu tür durumlarda Mahkeme öncelikli olarak “*ifade hürriyeti*” ile “*özel hayata saygı*” hakkı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını inceler¹⁷⁴. Mahkemenin bu konuya ilişkin içtihatlarına göre bu denge kurulurken (1) kamu yararına sunduğu katkı, (2) kişinin tanınan biri olup olmadığı, (3) bilginin elde edilme biçimi, koşulları ve gerçekliği, (4) bilginin içeriği, yayımın şekli ve sonuçları gibi çeşitli durumlar birlikte değerlendirilmelidir¹⁷⁵.

VI. SONUÇ

Demokratik toplumun temeli olarak görülen, çeşitli sosyal ilişkiler kurmamızı ve bunları sürdürmemizi sağlamak için kritik öneme sahip olan özel hayat hakkının korunması gerektiği konusunda dünya çapında bir uzlaşma vardır. Bununla birlikte özel hayat kavramının tanımını yapmak ve ne olduğunu net bir biçimde ortaya koymak neredeyse imkânsızdır. Bu zorluğu aşmaya çalışanların mücadelesinden geriye kalan başarısızlık ve tatminsizlikten hareketle, özel hayatın ne olduğunu tam olarak kelimelere dökmek yerine, hangi durumların özel hayatla ilgili olduğunu, hangi eylemlerin onu ihlal ettiğini ve ona zarar verdiğini ortaya koymak¹⁷⁶ daha doğrudur. Bu konuda bize yardımcı olacak olan en yetkin kurumlardan biri, belki de birincisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir. Gerçekten de her somut olayı kendine özgü koşullar içinde değerlendiren ve belli bir özel hayat tanımı vermekten kaçınan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel hayata ilişkin verdiği binlerce kararlar sadece başvuruları neticeye bağlamamış, aynı zamanda özel hayata dâhil olan hususları da belirlemiştir.

Elbette müdahalede bulunulan hakkın Sözleşmenin 8. maddesi tarafından korunan özel hayat kapsamında bulunması, yani ilk aşamada sorulan “*şikâyet, 8.maddenin 1.fıkrasında garanti altına alınan haklardan birinin kapsamına giriyor mu?*” sorusuna “*evet*” cevabının verilmesi tek

¹⁷³ Schüth v. Germany, §55; Mosley v. The United Kingdom, 48009/08, 10.05.2011, § 106.

¹⁷⁴ Bkz. Biriuk v.Lithuania, 23373/03, 25.11.2008, §38; Mosley v. The United Kingdom, §11; Von Hannover v. Germany (No.2), (Grand Chamber), 40660/08, 40641/08, 07.02.2012, § 106 ; Axel Springer AG v. Germany, (Grand Chamber), 39954/08, 07.02.2012, § 84.

¹⁷⁵ Von Hannover v. Germany (No.2), § 109-113; Axel Springer AG v. Germany, § 89-95

¹⁷⁶ Francis, H. W. S.: “Of Gossips, Eavesdroppers, And Peeping Toms”, Journal Of Medical Ethics, Volume:8, No:3., Sem., 1982, s.134.

başına ihlalin gerçekleştiğini göstermez. Bir ihlalin var olup olmadığı ancak ikinci aşamada sorulacak şu üç soruya verilecek cevaba göre belirlenir: (1) “Müdahalenin yasal dayanağı var mıdır”, (2) “Müdahalenin meşru bir amacı var mıdır?”, (3) “Müdahale demokratik bir toplumda gerekli midir?”¹⁷⁷ Ancak bu durum özel hayatın kapsamının önemsiz olduğu anlamına gelmez. Bilakis müdahalede bulunulan hakkın özel hayat kapsamında bulunması ikinci aşamaya geçmek için ön koşuldur.

Özel hayatın kapsamın belirlenmesi ve bilinmesi Türkiye'nin adli makamları için de önem arz etmektedir. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Türkiye'nin insan hakları karnesi iyi değildir ve bu durum düzeltilmek istenmektedir. 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasanın 148. maddesine eklenen “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir...” ifadesi ile “bireysel başvuru” hakkının kabul edilmesi ve “öte yandan ülkemiz aleyhine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine her yıl binlerce başvuru yapılmaktadır. Bu başvuruların iç hukuk yollarında çözüme bağlanması amacıyla bireysel başvuru hakkının getirilmesi öngörülmektedir.” şeklindeki madde gerekçesi¹⁷⁸ bu “isteğin” en açık göstergesidir.

“Bireysel başvuru” hakkının kabul edilmesinin temel amacı Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mahkûm edilmesini engellemek ve insan hakları karnesini düzeltmek olduğuna göre, Anayasa Mahkemesi, bu başvuruları söz konusu amaca uygun olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihat birikimini dikkate alarak sonuçlandıracaktır. Bu yeni durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını, Türkiye'nin adli makamları için hukuken olmasa da “filen” bağlayıcı bir niteliğe kavuşturmuştur. Çünkü herhangi bir mahkeme tarafından verilen bir karara karşı yapılan bireysel başvurunun, Anayasa Mahkemesi tarafından haklı bulunması hâlinde, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için dosyanın yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesi, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde ise tazminata hükmedilmesi¹⁷⁹, gözlerin söz konusu kararı veren mahkemeye çevrilmesine

¹⁷⁷ Bkz. *Kilkelly*, s.7; *Roagna*, s.10.

¹⁷⁸ Söz Konusu Anayasa Değişikliğinin madde gerekçeleri İçin Bkz. (<http://www2.tbmm.gov.tr/D23/2/2-0656.Pdf>, erişim 30.04.2013).

¹⁷⁹ Bkz. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun,

neden olacaktır. Bu duruma düşmek istemeyen mahkemeler, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin ihlaline ilişkin karar verirken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki kararlarını dikkate almak zorundadır¹⁸⁰.

Hem Anayasa tarafından güvence altına alınmış, hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yer alan haklardan biri de bu çalışmanın konusunu oluşturan “özel hayatın gizliliğidir.” Bu nedenle 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlığını taşıyan bölümde düzenlenen suçların ve özellikle de “özel hayatın gizliliğini ihlal” başlığını taşıyan torba suçun kapsamı ve uygulama alanı belirlenirken¹⁸¹ başvurulması gereken en önemli referans yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihat birikimi olmalıdır. Aksi bir tutum bireysel başvuru yolunun “etkili bir başvuru yolu” olarak kabul edilmemesine neden olur. Bu ise bireysel başvuru hakkının getiriliş amacıyla örtüşmez.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Arslan Öncü, Gülay: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul, 2011.

Çeçen, Anıl: İnsan Hakları, Genişletilmiş Üçüncü Basım, Ankara, 2000.

Doğru, Osman: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul, 2012.

m. 50.

¹⁸⁰ Osman DOĞRU bu durumu “Türk hukukunda, bireysel başvuru vasıtasıyla, konusu insan hakları (temel hak ve özgürlükler) olan yeni bir maddi hukuk ve usul hukuku oluşmaktadır.” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. *Doğru, O.:* Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul, 2012, s.1.

¹⁸¹ *Zafer, H.:* Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul, 2010, s.19.

Duerr, Hans Peter: Uygarlaşma Sürecinin Miti: I, Çıplaklık ve Utanç, Çeviren: Tarhan ONUR, Ankara, 1999.

Elias, Norbert: Uygarlık Süreci, Cilt:1, 2. Baskı, Çev.: Ender ATEŞMAN, İstanbul, 2002.

Fejos, Pál: Ethnography of the Yagua, New York, 1943.

Gemalmaz, Mehmet Semih: Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, II. Cilt, Uluslararası Sistemler, İstanbul, 2011.

Gözübüyük, A. Şeref - Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, Ankara, 2011.

Gündüz, Aslan: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar Hakkında Temel Metinler, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 1994.

Helvaci, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md.24/a fıkra I/ İMK md. 28/a fıkra I), İstanbul, 2001.

Inness, Julie C.: Privacy, Intimacy and Isolation, Oxford University Press, 1992.

Kaboğlu, İbrahim Ö.: Özgürlükler Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul, 2002.

Kahraman, Abdullah: İslam Hukuk ve Ahlak İlkeleri Işığında Özel Hayatın Gizliliği(Mahremiyet), Ankara, 2008.

Kilkelly, Ursula.: The right to respect for private and family life: A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, Human rights handbook, No:I, Council of Europe, 2007.

Küzeci, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, 2010.

Michael, James: Privacy and Human Rights: An International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology, Paris, 1994.

Miller, Arthur Raphael: Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers, The University of Michigan Press, 1971.

Moore, Barrington: Privacy: Studies in Social and Cultural History, New York, 1984.

Öztan, Bilge: Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, 10. Bası, Ankara, 2001.

Roagna, Ivana: Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights, Council of Europe human rights handbooks, Council of Europe, Strausbourg, 2012.

Rossler, Beate: The Value of Privacy, Cambridge, 2005.

Salihpaşaoğlu, Yaşar: Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Ankara, 2007.

Schoeman, Ferdinand David: Privacy and Social Freedom, Cambridge University Press, 1992.

Sennett, Richard: Kamusal İnsanın Çöküşü, 3. Basım, Çev. Serpil DURAK&Abdullah YILMAZ, İstanbul, 2010.

Solove, Daniel J.: Understanding Privacy, Harvard University Press, 2008.

Üzeltürk, Sultan: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul, 2004.

Yıldırım, Suat: Kur’ân-ı Hakîm ve Açıklamalı Meali, İstanbul, 2008.

Zafer, Hamide: Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması, İstanbul, 2010.

Zevkliler, Aydın- Acabey, M. Beşir- Gökyayla, K.Emre: Medeni Hukuk, Ankara, 1992.

Makaleler

Atak, Songül: “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, *TBB Dergisi*, sayı:87, 2010, s. 90-120.

Francis, Huw W. S.: “Of Gossips, Eavesdroppers, And Peeping Toms”, *Journal Of Medical Ethics*, Volume:8, No:3,, Sem., 1982, s.134-143.

Gavison, Ruth E.: “Privacy and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, Vol.:89,No:3, 1980, s. 421-471.

Gross, Hyman: “The Concept of Privacy”, *New York University Law Review*, Volume: 42, Issue: 1, 1967, s.34-54.

Loenen, B. Van. - Zevenbergen, J.A.: “The Impact of the European Privacy Regime on Location Technology Development”, *Journal of Location Based Services*, Volume:1, No:3, 2007, s.165-178.

Lundsgaarde, Henry P.: “Privacy: An Antropological Perspective on the Right to be Let Alone”, *Houston Law Review*, Volume: 8, 1970-1971, s.858-875.

Mckaig, Dianne Louise: “Public İnterest as a Limitation of the Right to Privacy”, *Kentucky Law Journal*, Volume:41, 1952-1953, s.126-133.

Mills, Robert W.: “Radio, Television and the Right of Privacy”, *Journal of Broadcasting*, Volume: 13, 1968-1969, No:1, s.51-62.

Oppenheimer, Walter D.: “Television and the Right of Privacy”, *Journal of Broadcasting*, Volume:1, 1956-1957, s.194-201.

Rachels, James: “Why Privacy is Important?”, *Philosophy and Public Affairs*, Vol: 4, No:4, 1975, s.323-333.

Smet, Stijn: “Freedom of Expression and the Right to reputation: Human Rights in Conflict”, *American University International Law Review*, Volume:26, Issue:1, s. 183-236.

Warren, Samuel D.- Brandeis, Louis D.: “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Volume: IV, No: 5, 1980, s. 193-220.

Workman, Russell. D.: “Balancing the Right to Privacy and the First Amendment”, *Houston Law Review*, Volume:29, 1992, s.1059-1089.

Sözlükler

Collins Cobuild Essential Dictionary, İngilizce-İngilizce Türkçe Sözlük, Türkçeye uygulayan Ö. Renkliyıldırım, İstanbul, 1994.

Nişanyan, Sevan: Sözlerin Soyağacı, Çağdaş Türkçenin Etimolojik Sözlüğü, Gözden Geçirilmiş 2. Basım, İstanbul, 2004.

Oxford Dictionary of English Etymology, Edited by C. T. Onions with the assistance of G.W.S. Friedrichsen and R.W. Burchfield, Oxford University Press, First Published 1966.

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 10. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları:549, Ankara 2005.

İnternet Kaynakları

(<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a11>, erişim 24.02.2013).

(<http://www.un.org/en/documents/udhr/>, erişim 01.03.2010).

(<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3aa0.html>, erişim 24.02.2013).

(<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/389/347/case.html>, erişim 26.02.2013).

(<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,BRA,,4c4820bf2,0.html>, erişim 26.02.2013)

(<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,FIN,,4e5cf5f12,0.html>, erişim 26.02.2013)

(<http://www.unhcr.org/refworld/country,,NATLEGBOD,,GEO,,3ae6b5b10,0.html>, erişim 26.02.2013)

(<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/96cons2.htm#14>, erişim 26.02.2013)

(<http://www.unhcr.org/refworld/topic,4565c2252,459d2ecd2,3ae6b4dd14,0,NATLEGBOD,LEGISLATION,KOR.html>, erişim 26.02.2013)

(<http://www.privireal.org/content/dp/countries.php>, erişim 26.02.2013)

(<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>, erişim 14.06.2012). (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf, erişim 14.06.2012).

(<http://www.un.org/es/documents/udhr/>, erişim 14.06.2012). (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, erişim 14.06.2012)

(<http://www.un.org/depts/german/grunddok/ar217a3.html>, erişim 14.06.2012). Avrupa İnsan (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_DEU.pdf, erişim 14.06.2012).

(<http://www.unhcr.it/news/dir/15/view/375/dichiarazione-universale-dei-diritti-delluomo-del-1948-37500.html>, erişim 14.06.2012). (http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ITA.pdf, erişim 14.06.2012).

(<http://www.ucs.louisiana.edu/~ras2777/judpol/lake.html>, erişim 26.07.2012).

(<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3aa0.html>, erişim 24.02.2013).

(<http://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>, erişim 27.02.2013).

(http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb11_privatelifelife_en.pdf, erişim 28.11.2012).

(http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/capacitybuilding/Source/documentation/hb11_privatelife_en.pdf, erişim 28.11.2012).

(<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>, erişim 26.01.2013).

(http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_108.htm, erişim 26.01.2013).

(http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_108.htm, erişim 26.01.2013)

(<http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/17489720701779644>, erişim 25.01.2013)

(<http://www.idare.gen.tr/akillioglu-idariusul.htm>, erişim 25.01.2013)

(<http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/77A6BD48-CD95-4CFF-BAB4-ECB974C5BD15/0/DG2ENHRHA ND012003.pdf>, erişim 28.07.2012)

(<http://www2.tbmm.gov.tr/D23/2/2-0656.Pdf>, erişim 30.04.2013).

Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

Lake v. Wal-Mart Stores, Inc. 582 N.W.2d 235 (Minn. Sup. Ct. 1998).

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

Public Utilities Commission v. Pollak, 343 U.S. 451 (1952)

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

A, B and C v. Ireland, (Grand Chamber), 25579/05, 16.12.2010.

A. and Others v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 3455/05, 19.02.2009.

A. v. Croatia, 55164/08, 14.10.2010.

A. v. Norway, 28070/06, 09.04.2009.

A.D.T. v. The United Kingdom, 35765/97, 31.10.2000.

Aksu v. Turkey, (Grand Chamber), 4149/04, 41029/04, 15.03.2012.

- Alkaya v. Turkey*, 42811/06, 09.10.2012.
- Amann v. Switzerland*, (Grand Chamber), 27798/95, 16.02.2000.
- Avram and Others v. Moldova*, 41588/05, 05.07.2011.
- Axel Springer AG v. Germany*, (Grand Chamber), 39954/08, 07.02.2012.
- Beard v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 24882/94, 18.01.2001.
- Bevacqua and S. v. Bulgaria*, 71127/01, 12.06.2008.
- Biriuk v. Lithuania*, 23373/03, 25.11.2008.
- Boso v. Italy*, (Decision), 50490/99, 05.09.2002.
- Brüggemann and Scheuten v. Germany*, 6959/75, Report of the Commission, 12.07.1977.
- Buckley v. The United Kingdom*, 20348/92, 25.09.1996.
- Bulgakov v. Ukraine*, 59894/00, 11.09.2007.
- Burghartz v. Switzerland*, 16213/90, 22.02.1994.
- Calogero Diana v. Italy*, 15211/89, 15.11.1996.
- Camenzind v. Switzerland*, 21353/93, 16.12.1997.
- Campbell v. The United Kingdom*, 13590/88, 25.03.1992.
- Cemalettin Canli v. Turkey*, 22427/04, 18.11.2008.
- Chapman v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 27238/95, 18.01.2001.
- Chauvy and Others v. France*, 64915/01, 29.06.2004.
- Christine Goodwin v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 28957/95, 11.07.2002.
- Ciubotaru v. Moldova*, 27138/04, 27.04.2010.
- Cossey v. The United Kingdom*, 10843/84, 27.09.1990.
- Costello-Roberts v. The United Kingdom*, 13134/87, 25.03.1993.
- Coster v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 24876/94, 18.01.2001.
- Cruz Varas and Others v. Sweden*, 15576/89, 20.03.1991.
- D.P. and J.C. v. The United Kingdom*, 38719/97, 10.10.2002.
- Dudgeon v. The United Kingdom*, 7525/76, 22.10.1981.
- E.S. and Others v. Slovakia*, 8227/04, 15.09.2009.

- Ebcin v. Turkey*, 19506/05, 01.02.2011.
- Evans v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 6339/05, 10.04.2007.
- Gillow v. The United Kingdom*, 9063/80, 24.11.1986.
- Guerra and Others v. Italy*, (Grand Chamber), 14967/89, 19.02.1998.
- Guillot v. France*, 22500/93, 24.10.1996.
- H. v. Norway*, (Decision), 17004/90, 19.05.1992.
- Hass v. Switzerland*, 31322/07, 20.01.2011.
- Hatton and Others v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 36022/97, 08.07.2003.
- Herczegfalvy v. Austria*, 10533/83, 24.09.1992.
- Jalloh v. Germany*, 54810/00, 11.07.2006.
- Jane Smith v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 25154/94, 18.01.2001.
- Johansson v. Finland*, 10163/02, 06.09.2007.
- Johnston and Others v. Ireland*, 9697/82, 18.12.1986.
- Juhnke v. Turkey*, 52515/99, 13.05.2008.
- K. and T. v. Finland*, (Grand Chamber), 25702/94, 12.07.2001.
- Kemal Taşkın and Others v. Turkey*, 30206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 32797/05, 45609/05, 02.02.2010.
- Klass and Others v. Germany*, 5029/71, 06.09.1978.
- Kopp v. Switzerland*, 23224/94, 25.03.1998.
- Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria*, 34315/96, 26.02.2002.
- Kroon and Others v. The Netherlands*, 18535/91, 27.10.1994.
- Laskey and Others v. The United Kingdom*, 21627/93, 21826/93, 21974/93, 19.02.1997.
- Leander v. Sweden*, 9248/81, 26.03.1987.
- Lee v. The United Kingdom*, (Grand Chamber), 25289/94, 18.01.2001.
- Leempoel&S.A. ED. Ciné Revue v. Belgium*, 64772/01, 09.11.2006.
- Lopez Ostra v. Spain*, 16798/90, 09.12.1994.
- M.C. v. Bulgaria*, 39272/98, 04.12.2003.

- M.S.S. v. Belgium and Greece*, (Grand Chamber), 30696/09, 21.01.2011.
Mitkus v. Latvia, 7259/03, 02.10.2012.
Modinos v. Cyprus, 15070/89, 22.04.1993.
Mosley v. The United Kingdom, 48009/08, 10.05.2011.
News Verlags GmbH & CoKG v. Austria, 31457/96, 11.01.2000.
Niemietz v. Germany, 13710/88, 16.12.1992.
Norris v. Ireland, 10581/83, 26.10.1988.
P. and S. v. Poland, 57375/08, 30.10.2012.
Peck v. The United Kingdom, 44647/98, 28.01.2003.
Pfeifer v. Austria, 12556/03, 15.11.2007.
Powell and Rayner v. The United Kingdom, 9310/81, 21.02.1990.
Pretty v. The United Kingdom, 2346/02, 29.04.2002.
R.R. v. Poland, 27617/04, 26.05.2011.
Rees v. The United Kingdom, 9532/81, 17.10.1986.
Reklos and Davourlis v. Greece, 1234/05, 15.01.2009.
Rotaru v. Romania, (Grand Chamber), 28341/95, 04.05.2000.
S. and Marper v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 30562/04, 30566/04, 04.12.2008. *Perry v. The United Kingdom*, 63737/00, 17.07.2003.
Sanchez Cardenas v. Norway, 12148/03, 04.10.2007.
Schlumpf v. Switzerland, 29002/06, 08.01.2009.
Schönenberger and Durmaz v. Switzerland, 11368/85, 20.06.1988.
Schüth v. Germany, 1620/03, 23.09.2010.
Sciacca v. Italy, 50774/99, 11.01.2005.
Sheffield and Horsham v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 22985/93, 23390/94, 30.07.1997.
Sidabras and Dziautas v. Lithuania, 55480/00, 59330/00, 27.07.2004.
Stanev v. Bulgaria, (Grand Chamber), 36760/06, 17.01.2012.
Stjerna v. Finland, 18131/91, 25.11.1994.
Stubing v. Germany, 43547/08, 12.04.2012.

Tysiäc v. Poland, 5410/03, 24.09.2007.

Uzun v. Germany, 35623/05, 02.09.2010.

Van Kück v. Germany, 35968/97, 12.06.2003.

Vo v. France, (Grand Chamber) 53924/00, 08.07.2004.

Von Hannover v. Germany (No.2), (Grand Chamber), 40660/08, 40641/08, 07.02.2012.

Von Hannover v. Germany, 59320/00, 24.06.2004.

Wainwright v. The United Kingdom, 12350/04, 26.09.2006.

White v. Sweden, 42435/02, 19.09.2006.

Wisse v. France, 71611/01, 20.12.2005.

X and Y v. The Netherlands, 8978/80, 26.03.1985.

X. v. Belgium, (Decision), 2568/65, 06.02.1968.

X. v. The United Kingdom, (Decision), 8416/79, 13.05.1980.

X., Y. and Z. v. The United Kingdom, (Grand Chamber), 21830/93, 22.04.1997.

Y.F. v. Turkey, 24209/94, 22.07.2003.

Yazgöl Yılmaz v. Turkey, 36369/06, 01.02.2011.

KİTLE İLETİŞİM HUKUKUNDA EDİTORYAL DENETİM SORUNU ve HARİCİ MÜDAHALE*

Kemal ŞAHİN**

ÖZET

Kitle İletişim Hukukunda Editoryal Denetim Sorunu ve Harici Müdahale

Kitle iletişim hukuku dediğimiz yapı aslında yalnızca yazılı basını değil aynı zamanda görsel/işitsel medyayı da kapsayan ifade özgürlüğü hakkının kurumsal yönünden başka bir şey değildir. Dolayısıyla da basın hakları, ifade özgürlüğü hakkının dışında telaffuz edilemez. Bununla birlikte, basın kurumsal yapısı itibariyle demokratik bir toplumda önemli bir görev üstlenmekte ve bu yönüyle kendisinin yönetim ve işlevine önemle dikkat çekmektedir. Klasik liberal felsefe, basının ve medyanın düzenlenmesine dönük herhangi bir devlet müdahalesine olumlu bakmamaktadır; ancak liberalizmin gözden kaçırdığı nokta, fikirlerin pazar yerinde geçerli olacak bir laissez-faire doktrininin özgürlüğün genişleyeceği anlamına gelmediği, çoğunlukla bireysel özgürlüğün genel bir özgürlük hesabında daralması anlamına geldiğidir. Bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi ve toplumsal ve bireysel özgürlüğün maksimum gerçekleştirilebileceği bir ifade özgürlüğü sisteminin sağlanabilmesi için özellikle görsel/işitsel medyanın düzenlenmesi gerekmektedir. Editoryal haklarının devlet müdahalesine tabi tutulması basın ve medyanın özgürlüğü bakımından bir tehlike teşkil edeceğinden, bu denetimi icra edecek organın söz konusu tehlikeyi asgari bir düzeye indirgeyebilecek şekilde tasarlanması ve nihai noktada bu denetimin de bağımsız yargı organlarının denetimine tabi olması gerekir.

Anahtar Kelimeler: *Kitle iletişim, ifade özgürlüğü, basın, medya, editoryal takdir*

THE PROBLEM OF EDITORIAL CONTROL AND OF EXTERNAL INTERVENTION IN MASS COMMUNICATION LAW

ABSTRACT

The structure of mass communication law is indeed nothing but an institutional aspect of the right to freedom of expression, which covers not only the ordinary press (news media) but also such other types of broadcasting media. Thus, the rights of the

* Yrd. Doç. Dr., Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

**Bu çalışmanın orijinali, 23-24 Kasım 2011 tarihinde RTÜK ve BYEGM tarafından Bursa'da düzenlenmiş olan "Yerel ve Bölgesel Medya Eğitim Semineri"nde sunmuş olduğum tebliğe dayanmaktadır. Burada, başlıkta ve içerikte bazı değişiklikler yapılmış ve konular genişletilmiştir. Tebliğin orijinalindeki başlık, "Kitle İletişim Hukukunda Editoryal Denetim Sorunu" idi.

media and the press are not to be excluded from the very sphere of the right to freedom of expression. However, the media and the press, as their institutional part, play an important role in a democratic society, taking special attention to their functions and management. The classical liberal philosophy pays no tribute to any government interference with the regulation of the press and media, but it fails to understand that laissez-faire in marketplace of ideas may not mean an extension of liberty but in most cases an infringement of individual freedom in a general calculation of liberty. Regulation of broadcasting media is especially important to secure the rights and freedoms of individuals and to insure a system of freedom of expression where the greatest liberty of the society and of the individuals might be enjoyed. As the editorial control of the press and media through government intervention posits a danger for the freedom of the press and media, the government authority to exercise such power should be so designated to minimize said danger; and every government action in this regard should be checked thoroughly by an independent judiciary.

Keywords: *Mass communication, freedom of expression, press, media, editorial discretion*

GİRİŞ

Kitle iletişim hukuku dediğimiz yapı, aslında ifade özgürlüğünün kurumsal basın (ve medya) dediğimiz örgütlü bir ifade şeklidir ve bunun da doğası gereği kendine özü bir hukuku vardır. Kitle iletişim hukuku denildiğinde bugün yazılı basının yanında görsel/işitsel medyayı ve internet araçlarını da zikretmek gerekmektedir. İnternet hukuku denetlenme araçları bakımından özellik gösterse de içerik bakımından hem yazılı hem de görsel/işitsel medyanın özelliklerini taşımaktadır.

Basın, kurumsal yapısı itibarıyla genellikle ifade özgürlüğünden ayrı bir hak ya da özgürlük müşçesine anılsa da aşağıda inceleneceği üzere bu aslında bir yanılısamadır. Basın özgürlüğü ifade özgürlüğünün araçlarından sadece biridir ama belki en önemlisidir.

Bu çalışmada değerlendirilecek olan bir başka konu ise, ifade özgürlüğüne (ya da basın özgürlüğüne) devletin yapacağı her müdahalenin özgürlüğü sınırlandırıcı olacağına ilişkin bir yanılısamadır. Bugün pek çok hukuk sisteminin ifade özgürlüğü sistemini etkinleştirmek amacıyla bu türden müdahalelere izin verdiği, hatta bunu bir gereklilik olarak gördüğünü söyleyebiliriz.

Burada ayrıca söz konusu hukukun, özellikle görsel/işitsel yayın kuruluşları ile yazılı basın arasında farklı bir uygulamayı haklı gösterebilecek

kimi gerekçeleri ve karşılaştırmalı hukuktaki kimi örnekleri kitle iletişim hukukunda editöryal denetim sorunu bağlamında ele alınacaktır.

Nihayet, radyo ve televizyon yayınlarının yazılı basından farklı bir mahiyetinin bulunmasından ötürü daha fazla bir müdahaleyi haklılaştırdığı dikkate alındığında, genellikle idari otoriteler tarafından (RTÜK gibi) müdahalelerin sıkı bir yargı denetimi altında olması ifade özgürlüğü ilkesinin demokratik bir toplumdaki temel işlevinin bir gereği olmaktadır. Bu denetimin ne şekilde yapıldığına ilişkin karşılaştırmalı hukuk incelemesi yanında, bağımsız bir idari otorite olan RTÜK üzerinde Danıştay denetiminin nasıl gerçekleştiğine ilişkin kimi kararların incelenmesi bu çalışmanın temel amaçlarından biri olmaktadır.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ İLİŞKİSİ

Burada özellikle, *“ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü birbirlerinden farklı şeyler mi?”* diye bir soru sorulabilir ki; aslında bu sorunsal durum yeni de değildir. Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın Birinci Değişikliği’nde ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü birlikte kullanılmıştır¹. Madde metninde hem ifade özgürlüğünden hem de basın özgürlüğünden ayrı ayrı söz edilmiştir. Bu sebeple de bu durum Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarına konu olmuş, yargıçlar arasında tartışılmış, dahası Yüksek Mahkeme yargıçları konu üzerinde bir mutabakat sağlayamamışlardır. *“İfade özgürlüğünden ayrı olarak, basın özgürlüğüne anayasa koyucular daha fazla bir önem atfettikleri için, Anayasada basın özgürlüğünden ayrıca söz etmişlerdir.”* diyenler olmuştur. *“İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğünün birlikte belirtilmesi, 1787 öncesi veya değişikliğin yapıldığı 1791 yılı öncesindeki İngiltere’deki Kralın basına uyguladığı sansüre karşı bir tepkinin açıkça ifade edilmesine ilişkin bir kurgudan ibarettir aslında”* diyenler de². Hakikatte, bu ikinci görüş konunun özüne daha uygun düşmektedir. Zira, basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünden bağımsız bir özgürlük olmayıp, bu özgürlüğünün aslında kullanım biçimlerinden biri

¹ ABD Anayasası’nın (Birinci Değişikliği’nin/First Amendment) metni şöyledir: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.” Metin Türkçeye şöyle aktarılabilir: “Kongre, belirli bir dini resmi din olarak tayin eden veya bu dinin icrasını yasaklayan, ifade özgürlüğünü veya basın özgürlüğünü veya ... sınırlayan bir kanun çıkarmaz.”

² Konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için şu esere bkz. ŞAHİN, Kemal, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gerekçeleri ve Sınırları, 12. Levha Yayıncılık, İstanbul 2009, ss.145. vd.

olmaktadır. Uluslararası insan hakları hukuku belgelerinde veya bu belgelerin kurmuş olduğu sistem içerisinde üretilmiş olan jürisprudansiyel hukukta³ basın özgürlüğünün, aslında ifade özgürlüğünün kullanım araçlarından biri olduğu açık biçimde dile getirilmiştir. Örneğin, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesindeki⁴ düzenleme, ifade özgürlüğü başlığı altında basın özgürlüğünün ifade özgürlüğünün kullanım araçlarından biri olduğunu göstermektedir.

BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI

Basın özgürlüğü ile ilgili görüş ve düşünceler genellikle şu beş nokta üzerinde toplanmaktadır:

Birinci grup, bu özgürlüğü, basının hiçbir hukuksal sınırlamaya tabi olmaksızın ne isterse onu ifade edebilmesi şeklinde anlamaktadır.

İkinci grup, basın özgürlüğünü önyargılardan ve evleviyetle oluşturulmuş ve kalıplaşmış düşüncelerden arı olma olarak algılamaktadır.

Üçüncü bir grup, basın özgürlüğünden basının yürütme organının kontrolü dışında kalmasını anlamaktadır.

Dördüncü bir grup ise basın özgürlüğünü; basının, reklam verenlerin, patronların ve baskı gruplarının baskı ve tazyiklerinden beri olması şeklinde algılamaktadır.

Nihayet beşinci grup ise basın özgürlüğünden, basının ekonomik anlamda fakru zaruret içerisinde bulunmamasını ve başkalarına –sermaye gruplarına ya da devlete- muhtaç olmamasını anlamaktadır⁵.

³ Örneğin AIHM'nin vermiş olduğu ifade özgürlüğü ile ilgili kararlarda basın özgürlüğüne 10.madde kapsamında özel bir önem atfedilmiş olduğu görülmektedir. Bkz. Lingsens v. Avusturya (Basvuru No. 12/1984/84/131), 24 Haziran 1986; Sunday Times v. United Kingdom, (Basvuru No. 6538/74), 26 Nisan 1979.

⁴ “Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, *either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.*” (metindeki vurgu bana aittir). Maddenin tercümesi: “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; ... bu hak, sözlü, yazılı, ya da basılı, veya sanat eseri [resim, heykel vs.] şeklinde, veyahut da kişinin kendi tercih edeceği diğer herhangi bir araçla (media) kullanılabilir.)

⁵ Bu özetleme için bkz. JEFFERY, Anthea J., Free Speech and Press: An Absolute Right?, *Human Rights Quarterly*, Vol. 8, No. 2, May 1986, (John Hopkins University Press), s. 199.

A. Jeffery'nin belirtmiş olduğu gibi bu beş unsur basın özgürlüğü bakımından çok önemli olsa da, bunların hepsini birarada bulmak gerçekten çok zordur. Fakat yine de amaç, bu beş unsurun basın özgürlüğü bakımından gerçekleşmesini sağlamaya çalışmak olmalıdır. Jeffery, “*bu durumda eğer bir tercih yapılacak ise 1 ve 3. sırada yer alan görüşler diğerlerine tercih edilmelidir*”, diyor.⁶Burada mutlaka bir tercihin yapılması gerekmez. Örneğin, basına ekonomik anlamda bir destek sağlanacak ise, sistem içerisinde bu mümkündür. Eğer devletin pozitif edim yükümlülüğünün sınırını yine devletin negatif edim yükümlülüğü ile dengelersek bunu başarabiliriz. Yani devletin pozitif edim yükümlülüğü açısından basın, sıradan kişilere göre bir takım ayrıcalıklara sahip olabilecektir. Demokrasilerde bunun yalnızca seçenekli/opsiyonel bir durum değil; aynı zamanda gereklilik olduğununun olmasıdır.⁷

İfade özgürlüğü bağlamında devletin negatif edim yükümlülüğü açısından basın ile sıradan kişiler arasında bir ayırım yapılmalı mıdır? Yani yukarıda sözünü ettiğimiz basın özgürlüğünün gerçekleştirilmesi ile ilgili olarak devletin pozitif edim yükümlülüğünün basına bir takım ayrıcalıklar tanımayı haklılaştırdığı gibi, benzeri bir haklılaştırma devletin negatif edim yükümlülüğü açısından da yapılabilir mi? Başka bir şekilde soru şöyle de sorulabilir: Düşüncelerini köşesinde ifade eden bir gazeteci yazar ile görüşlerini bir el ilanına bastırarak dağıtan bir kişi arasında bir ayırım yapabilir miyiz ya da yapmalı mıyız?

Sıradan insanların ifade özgürlüğü ile basının ifade özgürlüğü arasında bir farklılık olmadığı görüşünde olanlar olmuştur. ABD Yüksek Mahkemesinin içtihadı⁸ da, buna bağlı ifade özgürlüğü uygulaması da arada bir fark olmadığı yönünde gelişmiştir. ABD Yüksek Mahkemesi içtihatlarını neden örnek olarak veriyoruz? Çünkü, bu Mahkeme dünyada gerçekten ifade özgürlüğü üzerine ilk sistematik içtihatları üreten, bu konuda çok ciddi bir deneyimi olan ve ciddi bir içtihat birikimine sahip bir mahkemedir. Sadece Türkiye'ye değil, bütün dünyaya örnek teşkil edecek nitelikte kararları vardır. Bir uluslararası yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de aslında bu Mahkemenin içtihatlarından yararlanmaktadır. Bu durum, Mahkeme kararlarında açıkça belirtilmemiş olsa da, kararların içeriğinden anlaşılabilen, muhalefet serhlerinde ise açık biçimde görülmektedir.⁹

⁶ JEFFERY, s. 200.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, s. 173-225.

⁸ Bu konuda belirleyici içtihat şu karar olmuştur: First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 U.S. 765 (1978).

⁹ Buradaki yararlanmanın özellikle ifade ve basın hürriyeti ile ilgili davalar bakımından olduğunun altını çizmek gerekir. Ayrıca, Amerika Birleşik Devletleri'nde, mahkeme kararlarında

Avrupa, -İngiltere istisna tutulursa- ifade özgürlüğü konusunda ABD hukukunun gerisindedir. Yani Avrupa’da ifade özgürlüğünün kırmızı çizgileri vardır –Avrupa bağlamında sosyolojik ve tarihsel açıdan haklaştırılırsalar da- ve bu çizgileri aşıldığında AİHS’nin 17. maddesindeki yasak (hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağı) kapsamında kişi koruma dışı bırakılır. Kara Avrupasında, bu kırmızı çizgileri aşanlar, temel hak ve özgürlükler için sağlanan sıkı koruma bir yana, adi haklar için sahip olunan hukuki korumanın da dışına itilirler¹⁰.

Ama ifade özgürlüğü alanında Kara Avrupasının, ABD’den ileride olduğu bir yer de vardır. Amerika’da, demokrasi ve ifade özgürlüğü konusunda çalışan önemli hukukçular ve bilim adamları son yıllarda bu konu üzerinde yoğun biçimde durmaktadırlar. ABD Yüksek Mahkemesi, yazılı basınla görsel/işitsel medya arasında bir ayırım yapmaktadır. İlk kez bu ayırım yapılırken, ayırımın yapılış gerekçesi çok farklı bir nedene dayanıyordu. Frekansların seyrekliği ya da azlığı gibi tamamıyla teknik bir nedene dayanıyordu. Zira 1930’larda televizyon frekansı şimdiki gibi verilemiyordu, az sayıda televizyon frekansını devletin tahsis etmesi gerekiyordu. Ama bugün baktığımız zaman birçok bölgede yazılı basın araçlarından daha fazla sayıda radyo ve televizyon görmektediriz¹¹.

ABD’de yazılı basından farklı olarak, görsel medyayla ilgili sonraki kararlarda şöyle bir gelişme olmuştur: Amerikan Yüksek Mahkemesi, içtihatlarında hukuki realizm dediğimiz moral, siyasi ve içtimai çatışmaların hukuk üzerindeki etkisini yadsımayan bir kuramı üretmiş olduğundan, bu kararlar deontolojik bir temele dayanmazlar; başka bir deyişle, deontolojik bir temele dayanan saf bir hukuk teorisine yer vermezler. ‘Yalan söylemek kötüdür, hiçbir şekilde yalan söylemeyeceksin, hırsızlık kötüdür, hırsızlık yapmayacaksın’ şeklinde baştan belirleyici kimi kararlar da vardır. Sonuçlarını ve etkilerini dikkate almadan verilen kararlar, genellikle deontolojik kararlardır. Eğer siz ‘hırsızlık kötüdür, zira toplumda sosyolojik açıdan şöyle

uluslararası ve karşılaştırmalı hukuka yer verilmesi ve bunlardan yararlanılması konusunda hukukçuların ikiye bölünmüş olduğu bir gerçek ise de, bu yararlanmanın uygulamada karşılıklı olduğu görülmektedir. Bu konuda ayrıntılı bir analiz için bkz. LİPTAK, Adam, U.S. Court is Now Guiding Fewer Nations, *New York Times*, 17 September 2008.

¹⁰ W.P. and Others v. Poland (App. 42264/98), Decision of 2 September 2004; Kararda AİHM, amaçları arasında “Yahudilerin sahip oldukları ayrıcalıklara Polanların da sahip olmaları için çaba sarf etmek” olan bir derneğin yasaklanmasını, Sözlesmenin 17. maddesi altında haklı bulmuş; bu türden faaliyetlerin Sözlesmenin koruması dışında kaldığını açıkça belirtmiştir.

¹¹ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, s. 173-196.

bir düzensizliğe yol açar, çalışıp biriktirmiş olan insanlarda şu duygulara neden olur, bireysel ve toplumsal açıdan mutsuzluğa sebep olur' şeklinde meseleye sonuç odaklı bir tezle bakarsanız ve buna göre karar verirsiniz, hırsızlıkla ilgili etik duruşunuz, büyük ölçüde Amerikan Yüksek Mahkemesinin hukuk felsefesi ile örtüşecektir¹².

Mahkeme burada şu araştırmayı yapıyor, yani bilimsel olarak şunu soruyor: "Görsel medyayla yapılan yayınlar acaba insan zihni üzerinde yazılı basındaki bir yayından daha farklı bir etkiye mi sahip? Pozitif bilime göre, böyle bir algının varlığı kanıtlanabiliyor mu?" Mahkeme bunu tartışıyor ve neticede bilimsel bir değerlendirme ışığında "evet var" diyor. Yani "insan zihni yazıyı görsel olanından daha farklı algılıyor. Eğer görsellik ön plana çıkıyorsa, televizyonda haberin veya bir yayının içeriğinin dikte edilmesi, insan zihnine ulaşması algısal yani psikolojik açıdan daha farklı şekilde cereyan ediyor. Bu yüzden de sınırlandırılması konusunda farklı bir rejim gerekir" deniliyor¹³.

EDİTORYAL TAKDİR YETKİSİ ÜZERİNDE DIŞ DENETİM SORUNU: RADYO TELEVİZYON ÜST KURULU BENZERİ BAĞIMSIZ OTORİTELERİN GEREKLİLİĞİ

Eğer yukarıda söylenildiği gibi yazılı basınla görsel/işitsel basın arasında bir ayırım yapmamızı haklılaştıran bilimsel birtakım veriler yada Bollinger'in üzerinde durduğu şekilde asimetric denetimi haklılaştıran birtakım nedenler var ise¹⁴; o zaman böyle bir denetim yapacak olan organın varlığı ve kurumsal yapısı, özel olarak da özerk yapısı önem taşımaktadır.

¹² Bkz. FISHER, William W., The Development of Modern American Legal Theory and the Judicial Interpretation of the Bill of Rights, in: A Culture of Rights: The Bill of Rights in Philosophy, *Politics and Law 1791 and 1991*, Edited by Michalel Lacey/Knud Haakonssen, ss. 267-365; Hukuki realizmin Yüksek Mahkemenin kurumsal meşruiyetini nasıl etkilemiş olduğu konusunda bkz. GIBSON, James L. / CALDEIRA, Gregory A., Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court, *Law & Society Review*, Vol. 45, Number 1, (2011), s. 195 vd.; Hukuki realizmin tabii hukuk nazariyesine yada hukuki pozitivism (özelikle saf bir hukuk kuramına dayanan formalist bir hukuk nazariyesine) göre daha esnek bir yapıda ve vaka (olay) odaklı olduğu söylenebilir ise de bütünüyle ilke-dışı bir kuram olduğunu da söylemek mümkün değildir. Bu konuda bir inceleme için bkz. COPLAN, Karl S., Legal Realism, Innate Morality, and the Structural Role of the Supreme Court in the U.S. Constitutional Democracy, *Tulane Law Rev.* Vol. 86 s.181 (2011): (<http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty>, erişim 6 Nisan 2012); ayrıca bkz. ROSTOW, Eugene V., American Legal Realism and the Sense of the Profession, (1962). *Faculty Scholarship Series*. Paper 2139: (http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2139, erişim 6 Haziran 2013).

¹³ FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 1073 (1978).

¹⁴ Onun bu görüşleri için bkz. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, UK 1986.

ABD Federal Haberleşme Komisyonu Tarafından Gerçekleştirilen Denetim

ABD Federal Haberleşme Komisyonu (Federal Communication Commission –FCC dediğimiz komisyon) -belki bugün Türkiye'deki RTÜK'ün ve başka ülkelerdeki benzeri denetleyici ve düzenleyici kuruluşların başlangıcıdır diyebiliriz- ilk defa radyo ve televizyonların denetlenmesi amacıyla 1934'te çıkarılan Federal Haberleşme Kanunu'yla kurulmuş bir kurumdur.

Federal Haberleşme Komisyonunda beş üye görev yapmaktadır ve tamamı ABD Başkanı tarafından atanır. Ancak bu türden atamaların Senato tarafından da onaylanması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Üyeler beş yıllığına atanmakta ve en çok üç üyenin aynı partiden olmasına izin verilmektedir. Üyelerden birisi Başkan tarafından Komisyon Başkanı olarak atanır¹⁵. Komisyonun 2012 bütçesinin 354 milyon dolar olduğu belirtilmektedir. Komisyonunda 1898 federal çalışan bulunmaktadır¹⁶.

Bu kurum, frekansların seyrekliği argümanıya temellendirilmiş olan daha çok usul açısından bir denetim yapıyordu; ama daha sonra bu denetim içerik denetimine de dönüştü.

Yüksek Mahkeme,L. Bollinger'in belirttiği gibi medya ile ilgili olarak düalist bir denetim biçimini çeşitli nedenlerle onaylamıştır. Yani görsel medya ile ilgili olarak kabul etmiş olduğu denetimi, yazılı basında hiçbir zaman kabul etmemektedir. Hatta o kadar ileri gitmiştir ki Mahkeme, yazılı

¹⁵ FCC'nin kendi sitesinde yer alan bilgiler için bkz.

(<http://ecfr.gpoaccess.gov/cgi/t/text/text-idx?c=ecfr&sid=156a3802d9fa3adfee1c3e6c883ae2a4&rgn=div8&view=text&node=47:1.0.1.1.1.44.1&idno=47>, erişim 3 Mayıs 2012)

¹⁶üney Haberleşme Komisyonu üyeleri (7 kişiden oluşmaktadır) de Devlet Başkanı tarafından atanmakta, ancak ABD'dekini tersine, burada atamalar sonradan yasama organı tarafından onaylanmamakta, atama öncesi önerilmektedir. Başkan, kanunda yazılı haller sebebiyle üyelerden birini görevden alırken, bu işlemin yasama organı tarafından onaylanması gerekmektedir. Kanun metni için bkz.

(<https://www.icasa.org.za/Portals/0/Acts/ICASA%20Act/Independent%20Communications%20Authority%20of%20South%20Africa%20Act,%202000.pdf>, erişim 5 Haziran 2013); Kanada'da benzeri bir Komisyon mevcut olup, 13 üyeden oluşmaktadır. Üyelerin tamamı, Governor tarafından atanmaktadır. Komisyonun oluşumu ile ilgili kanunun tam metni için bkz. (<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-22/FullText.html>, erişim 7 Mayıs 2013); Fransa'da ise bu türden denetim Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) tarafından yapılmaktadır. Kurulun resmi web sitesi için bkz. <http://www.csa.fr>, erişim 6 Mayıs 2013).

¹⁶ (http://en.wikipedia.org/wiki/Federal_Communications_Commission, erişim 4 Haziran 2013).

basında da cevap hakkını kabul etmemiştir. Eyaletlerin çıkardığı yasalar için de bu durum geçerlidir. Örneğin Florida eyaletinin çıkardığı bir yasayı Florida Yüksek Mahkemesi, “serbest bilgi akışındaki önemli toplumsal çıkar” gerekçesiyle anayasaya uygun bulurken, ABD Federal Yüksek Mahkemesi bunu Anayasanın basın ve ifade özgürlüğünü koruyan Birinci Değişikliği’ne aykırı bularak iptal etmiştir¹⁷. Bu kadar katı bir ayırım vardır. Fakat görsel medyadaki, yani radyo ve televizyonlardaki cevap hakkını kabul etmektedir ve onaylamaktadır. Buna bazı hukukçular “asimetrik denetim” diyorlar, en azından bir tarafın tamamen serbest olması için. Devletin medya üzerindeki hakimiyetinin sağlanmaması bakımından böyle bir asimetrik denetim kabul ediliyor¹⁸.

Federal Haberleşme Komisyonu özellikle şu iki noktada denetimini sürdürmektedir: Birinci konu, medya yayınlarının içeriği ile ilgili olmayıp, lisansların dağıtımında rekabetin adil biçimde sağlanmasıyla ve 1993’ten itibaren de ayrıca batık duruma düşmüş özellikle küçük ölçekli yayıncılar için bankerlik fonksiyonuyla ilgilidir. İçerikle ilgili diğer konu ise, çocuklara yönelik programlarla, özellikle de çocuklara yönelik programlar içindeki reklam akışının denetlenmesiyle ilgilidir. Son yıllarda çocukların zihin sağlığının korunması ile ilgili olarak programlarda, canlı yayınlarda kullanılan müstehcen ifadelerin FCC tarafından denetlenerek yaptırıma tabi tutulması ABD’de önemli bir tartışmanın odağına yerleşmiş görünmektedir.

Burada özellikle FCC v. Fox Television Stations Inc. kararından söz etmek gerekir¹⁹. Komisyonun, Fox televizyonunda yayınlanan bir programda kullanılan s.k. içeren sözcükler dolayısıyla uygulamış olduğu yaptırım, Birleşik Devletler İkinci Bölge Temyiz Mahkemesi tarafından, keyfi ve öngörülemez bulunmuştur. Ne var ki, Yüksek Mahkeme, Temyiz Mahkemesinin bu görüşüne karşı dörde karşı beş çoğunlukla FCC’nin uygulamış olduğu yaptırımın, İdari Yargılama Usulü Kanunu (Administrative Procedural Act) uyarınca çocukların korunması amacıyla hukuka uygun olduğuna karar vermiş ve Temyiz Mahkemesinin kararını bozarak iade etmiştir²⁰.

Ancak Mahkeme FCC’nin bu denetiminin özellikle Anayasanın Birinci Değişikliği açısından uygunluğunu tartışmamıştır. Buna gerekçe olarak da bu

¹⁷ ŞAHİN, s. 195-199.

¹⁸ ŞAHİN, s. 176-188.

¹⁹ FCC v. Fox Television Stations Inc.(No.07-582) 489 F. 3d 444

²⁰ (<http://www.law.cornell.edu/supct/html/07-582.ZS.html>, erişim 4 Mart 2013).

konuda bir yerel mahkeme kararının bulunmamasını göstermiştir. Bu dava ile ilgili gelişmeler henüz tamamlanmış değildir.

Komisyonun özellikle çocukların korunmasına yönelik olarak küfürlü ve müstehcen içerikli ifadelere karşı yaptırım uygulama yetkisinin kaynağını H.R. 310 (109th): Broadcast Decency Enforcement Act of 2005 (Yayınlarda Ahlaki Kurallara Uyulmasının Sağlanmasına Dair Kanun) oluşturmaktadır²¹. Bu Kanuna aykırı şekilde yayın yapanlar hakkında Komisyon, ağır para cezaları uygulamanın yanında, ilgili yayın kuruluşuna kamu yararına yönelik program yayınlama yükümlülüğü de getirebilmekte; yayıncının lisansının yenilenmemesine, hatta iptal edilmesine varıncaya kadar oldukça ağır yaptırımlara hükmedebilmektedir.

FCC, bunların dışındaki denetiminden vazgeçmiştir. Çünkü o frekansların azlığı doktrinin artık anlamsız olduğunu, bugün her isteyene frekans tahsis edilebileceğini söylediği için teknik anlamda bu gerekçenin ortadan kalkmasından dolayı vazgeçmiştir. İyi mi yapmıştır? ABD’de bu alanda çok ciddi anlamda kafa yoran akademisyenler, Federal Haberleşme Komisyonunun bu geri çekilişini son derece olumsuz bir tavır olarak değerlendirmektedirler. Çünkü, onlar böyle bir denetimin gerekli olduğunu düşünüyorlar²². Aslında FCC’nin, kendisini bu konuda yetkilendiren Kongre’den daha liberal bir tutum sergilediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Yayıncıların pozitif yükümlülükleri açısından ise ABD hukukunun FCC’nin kararları çerçevesinde liberal bir tutum içerisinde olduğu görülmektedir. Buradaki serbestliğin ifade özgürlüğü sistemi bakımından özgürlüğü artırıcı bir fonksiyon eda ettiğini söylemek mümkün değildir²³. Yine yargının ifade özgürlüğü sistemine pozitif müdahaleye sıcak baktığı tek alanın görsel/işitsel medya olduğunu belirtmek gerekir. Başka bir ifade ile Avrupa ve ABD’nin ifade ve basın özgürlüğü hukuku alanında birbirine en yaklaştığı alan radyo ve TV yayınlarının düzenlenmesi alanındadır. Fakat, FCC’nin bu alandaki düzenlemelerde kendini geri çekmesi (hakkaniyet/fairness doktrininin temellerinin ortadan kalktığı gerekçesiyle), yargının olumlu yaklaşımını

²¹ (109th Congress, 2005–2006. Text as of Feb 18, 2005 (Placed on Calendar in the Senate). <http://www.govtrack.us/congress/bills/109/hr310/text>, erişim 12 Nisan 2013).

²² Bu konuda özellikle şu esere bakılabilir: SUNSTEİN, Cass, Democracy and the Problem of Free Speech, The Free Press, U.S. 1993.

²³ RTÜK gibi bağımsız idari kurumların işlevleri sonucunda temel hak ve özgürlükler alanı için olumlu sonuçların ortaya çıktığı kabul edilmektedir. Bkz. TİRYAKİ, Refik, Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK, *AÜHFD*, C. 51, 2002, s. 172, (dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/284/2597.pdf, erişim 4 Mart 2013)

pratikte etkisiz hale getirmiştir. ABD yargısından, AİHM'nin temel hak ve özgürlüklere yatay etki (ya da pozitif edim yükümlülüğü) yaklaşımını beklemek boşuna olacaktır. Hal böyleyken, ABD ifade özgürlüğü hukuku, en yakın olduğu alanda dahi Avrupa yaklaşımından çok ötede bir yerde durmaktadır²⁴.

İSKANDİNAV ÜLKELERİ ÖRNEĞİ

İsveç

Granskningsnämnden för radio och TV (GRN) – İngilizce başlığı: The Swedish Broadcasting Commission (İsveç Yayın Komisyonu) – İsveçte bulunan radio ve TV yayınlarını denetlemek ve izlemek üzere kurulmuş bir komisyondur. Bu ülkede lisans tahsisi ise başka bir kurum (Swedish Radio and TV Authority) tarafından yapılmaktadır. Komisyonun kullanmış olduğu yetkilere bakıldığında, radio ve TV yayınlarında bu ülkenin hiç de liberal olmadığını söylemek mümkündür. Komisyon, yalnızca müstehcen ve küfürlü ifadelerle ilgili olarak yaptırım uygulamamış; aynı zamanda siyasi olarak tarafsızlık (örneğin “ben Cumhuriyetçiyim, her zaman da öyle oldum, ne yapayım bu benim elimde değil.” gibi bir ifadeyi siyasi açıdan önyargılı olarak nitelemiş ve kanala yaptırım uygulamıştır. Reklam yayınları konusunda ise İsveç gerçekten nevi şahsına münhasır denilebilecek nitelikte bir ülkedir ve ABD'den ve ülkemizden çok farklı bir rejime sahiptir. Bu ülkede, devlet televizyonlarının hiçbiri reklam alamamaktadır. Özel kanallar ise son derece sınırlı biçimde reklam alabilmekte; 12 yaş altı çocuklara yönelik programlarda

²⁴ Bu konuda yapılan tartışmalar için şu esere bakılabilir: BARENDT, Eric, Importing United States Free Speech Jurisprudence?, in: Freedom of Communication, Ed. by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publishing, Great Britain, 1994, s. 57-76; Hatta kimi yazarlar, AİHM'nin özel hayata saygı hakkından doğan pozitif edim yükümlülüğünü, ifade ve basın hürriyetini hiçe indirgeyecek derecede ileri götürmüş olduğunu dahi ileri sürmektedirler. Bu konuda verilen örnek Peck v. The United Kingdom, (App. 44647/98), Judgment of 28 January 2003, karardır. Bu kararın eleştirileri için bkz. ARNHEIM, Michael, The Handbook of Human Rights: An Accessible Approach to the Issues and Principles, Kogan Page Publishing, London 2004, s. 181 vd.; Aslında Avrupa yaklaşımının, uluslararası alandaki gelişmelerle paralel olduğu söylenebilir. Belki de, uluslararası hukuktaki gelişmelerin Avrupa eksenli olduğunu söylemek daha doğrudur. Örneğin, UNESCO Sözleşmesi (Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions / Kültürel İfadelerin Çeşitliliğinin Korunması ve Geliştirilmesi Hakkında Sözleşme), medyada kültürel ifadelerin çeşitliliğinin korunması ve geliştirilmesi için taraf devletleri teşvik etmektedir. Hatta bunun için görsel/işitsel medyanın bir kamu hizmeti olarak yürütülmesi gerektiğine işaret edilmektedir. (İngilizce metinde şu ifadelerle bu dile getirilmiştir: promote the diversity of the media, including through public service broadcasting; (<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001495/149502e.pdf> erişim 4 Haziran 2012).

ise buna izin verilmemektedir. Öte yandan olgusal açıdan yanlış bilgi içeren²⁵ yayınlara müdahale edilmekte ve bu bilgiler düzeltilmektedir²⁶. Devlet televizyonlarında ise, yayınlarda kamu yararının ön planda tutulması ve düşünsel çoğulculuğa özen gösterilmesi gerekir²⁷.

Norveç

İsveç örneğinde olduğu gibi Norveç'te de benzeri düzenlemeler mevcuttur. Burada düzenleme ve denetleme organları çok çeşitli olsa da, Broadcasting Regulations (No. 153 of 28 February 1997), -yayınlara ilgili düzenlemeler- hemen aynı niteliktedir. Örneğin, düzenlemenin 2-5 bölümünde, çocuklara ciddi zarar verebilecek yayınlar kesin olarak yasaklanmakta, zararlı olabilecek diğer nitelikte yayınların ise akşam 9:00'dan sonra yapılması öngörülmektedir. Reklamlar hakkında ise oldukça katı düzenlemeler mevcut olup, reklamların oranının program süresinin oranının %15'ini geçemeyeceği belirtilmektedir. Dahası, kimi günlerde mutlak reklam yasakları da öngörülmüştür (örneğin Noel günü reklam yapılamaması gibi). Ayrıca dini hizmetlerin görülmesi ile ilgili programların arasına reklam alınamayacağı da açıkça ifade edilmiştir²⁸.

Bu açıdan bakıldığında İskandinav ülkeleri ABD'den daha ileridedirler, çünkü bu denetimi yapıyorlar; yani İskandinav ülkelerinde hiç reklam koyamıyorsunuz. Avrupa ülkelerinin hemen tamamında bu reklam sınırlı bir şekilde konuluyor. ABD doktrininde bir de tabii yine bu reklamların içeriğinin denetlenmesi açısından bir Radyo Televizyon Üst Kurulu benzeri kurula ihtiyaç olduğu söyleniyor. Bu şekilde bir denetim mekanizmasının Amerika'da, demokrasi açısından gerekli olduğunu, çünkü eğer böyle bir müdahale olmazsa ifade özgürlüğünün genişletilemeyeceğini, etkin bir hale gelemeyeceğini söyleyenler var. Bunların çok önemli haklı gerekçeleri de var²⁹.

²⁵ Burada bilginin doğruluğunun, belirli bir doktrinin bilimsel doğruluğu ile ilgisi bulunmamaktadır. Böyle bir doğruluk iddiası ve bu doğruluğun toplum tarafından kabul edilmesi gerektiği konusundaki iddia demokratik bir sistemde pek makbul görülmemelidir. Buradaki doğruluk ya da hakikat, makul insanlardan oluştuğu varsayılan toplumda kabul gören bir hakikat ya da doğruluk anlayışıdır. Bu türden bir değerlendirme aslında Amerikan filozofu J. Rawls'a aittir. Bunun için bkz. EASTLUND, David, The Insularity of The Reasonable: Why Political Liberalism Must Admit The Truth, *ETHICS*, Vol. 108, January 1998, s. 252-275.

²⁶ (<http://www.svt.se/svt/jsp/Crosslink.jsp?d=10775&a=1660808>, erişim 5 Haziran 2013).

²⁷ <http://www.svt.se/svt/jsp/Crosslink.jsp?d=10775&a=1660844>, erişim 6 Haziran 2013).

²⁸ Düzenlemenin tam metni için bkz.

(http://www.regjeringen.no/upload/KKD/Medier/Broadcasting_Regulations_No153of28February1997.pdf, erişim 4 Şubat 2013).

²⁹ ŞAHİN, s. 184 vd.

Örneğin düzeltme ve cevap hakkının kabul edilmesi³⁰, sadece kişilik haklarının korunması için değil, halkın haber alma özgürlüğünü güvence altına almak için de gereklidir³¹. Burada kişilik haklarının korunmasının daha az önemli olduğusöylenmemektedir. Ondan bağımsız olarak düşündüğünüz takdirde bile düzeltme ve cevap hakkının kabul edilmesinin ifade özgürlüğünü daraltıcı değil toplamda artırıcı bir etkisinin olduğu söylenmek istenmektedir. Zira, halkın yanlış bilgi alması düzeltme ve cevap hakkı sayesinde engellenmektedir. Ama tabii ki bu, basın açısından bu bir sınırlama teşkil etmektedir. Fakat öte yandan ifade özgürlüğünü bir sistem olarak düşündüğünüz zaman, demokrasi açısından vazgeçilmez bir unsur olarak düşündüğümüz zaman halkın haber alma özgürlüğü üzerinde de olumlu etkileri vardır.

Elbette bu sözü edilenler, özellikle dış denetim açısından önemli mekanizmalardır ve burada anlatılan ülkelerle sınırlı değildir. Dünyanın pek çok ülkesinde bu türden denetimler ve mekanizmalar öngörülmüştür³². Fakat bu denetimi basının ifade özgürlüğü ile dengelemek gerekir. Öyle ki, basının editöryal hakları sınırlanmasına karşın toplam ifade özgürlüğü hakkı üzerinde bu bir sınırlama teşkil etmemelidir. Başka bir deyişle, toplam ifade özgürlüğü açısından bunun yine de bir artış sağlıyor olması gerekir. Aksi takdirde ifade özgürlüğü sistemi olumsuz etkilenmiş olacaktır. Tabii, demokrasi kültürü açısından iç denetim, yani self-limitation (kendi kendini sınırlama) daha önemlidir. Dış müdahale her zaman, müdahalenin sınırlarının

³⁰ Düzeltme ve cevap hakkı üzerine bkz. ARVAS, İbrahim Sena, Bir Özdenetim Tetikleyicisi Olarak, Medya Tekzip Merkezi: Türk Basınında Kanuni ve Gönüllülük Temeline Dayanan Denetim uygulamalarında Cevap ve Düzeltme Hakkı, (http://sbd.aydin.edu.tr/makaleler/cilt1sayi7/6_ibrahim_sena_arvas.pdf, erişim 5 Ocak 2013).

³¹ Haber alma ve daha teknik anlamıyla bilgi edinme hakkı ile ilgili olarak yapılan temellendirme için özellikle şu makaleye bakılabilir: PELED, Roy / RABIN, Yoram, Constitutional Right to Information, *Columbia Human Rights Law Rev.* Vol. 42, s. 357 vd.

³² Örneğin Güney Afrika'da Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkındaki Kanun, yayıncılar için pozitif yükümlülük anlamına gelebilecek ciddi yükümlülükler öngörmektedir. Örneğin Güney Afrika Yayıncılık Sistemi, toplumun manevi ve ahlaki değerlerini güçlendirmeye hizmet etmelidir. Ya da toplumda bulunan bütün ırklar için eğitici ve eğlendirici olmalıdır vs. Kanunun tam metni için bkz. (<https://www.icasa.org.za/Portals/0/Acts/Broadcasting%20Act/Broadcasting%20Act%204%20OF%201999.pdf>, erişim 1/6/2012) ; Benzeri düzenlemeler Kanada yasasında (m.3 altında) da mevcuttur. Bkz. <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/B-9.01/FullText.html>, erişim 5/3/2013); aynı biçimde Fransa'daki düzenlemeler (Loi n° 86-1067 du30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (Loi Léotard) için bkz. (http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do.jsessionid=2340D52253F55C542A3581D03A948689.tpdjo06v_2?cidTexte=JORFTEXT000000512205&dateTexte=20100209#LEGIARTI000006274711, erişim 5 Haziran 2013).

aşılması riskini taşır. Bu bakımdan da dış müdahaleyi yargı denetimiyle kontrol altında tutsanız bile; –ülkemizde pek çok basın ve ifade özgürlüğü davalarında görüldüğü üzere- sınırların aşılması, ifade ve basın özgürlüğünün demokratik bir toplumda olması gerektiğinden daha fazla sınırlanması riski varlığını sürdürmektedir³³. Bu nedenle de içsel denetim (self-limitation) çok önemlidir. Yani basın, haber yaparken halkın doğru bilgilendirilmesini esas alacak, yani görevinin ve işlevinin demokratik sistemin işleyişi bakımından ne kadar önemli olduğunun bilincinde olacak, siyasal sistem içerisinde dördüncü bir kuvvet olarak bireyin ve toplumun haklarının korunmasındaki rolünün farkında olacak ve ona göre haber ve bilgi sağlayacaktır.

TÜRKİYE BASININDA EDİTORYAL İÇ DENETİM SORUNU VE BASIN OMBUDSMANI EKSİKLİĞİ

Radyo ve televizyon yayınlarının denetimi ile ilgili olarak hukuk sistemimizde neredeyse pozitif özgürlük anlayışını yansıtacak düzeyde bir dış denetim öngörülmüştür.³⁴ Bununla birlikte, yazılı basında bu denetim Türkiye’deki kırmızı çizgiler bir kenara bırakıldığında liberal bir anlayışı yansıtmaktadır. Kimi gönüllüler tarafından oluşturulmuş olan “medya tekzip merkezi”³⁵ gibi yine bir medya organı olan unsurlar sözünü ettiğimiz iç

³³ Bir ifadenin sınırlanması ya da sınırlanmaması gerektiği noktasında bir belirsizlik mevcut ise yargıcın ifade özgürlüğü lehinde karar vermesi gerekir. Bu durumu özellikle ifadenin neticesinde ortaya çıkan zararın salt varlığına değil, aynı zamanda bu zararlar ifadenin korunmasıyla elde edilen menfaatin tartılmasına bağlı hesaplamak gerekir. Burada nasıl olsa bir zarar var, bu durumda ifadenin sınırlanması için tereddüte mahal yoktur anlayışı, ifade özgürlüğünün gerekçelerini isklamaktadır. Konuyla ilgili ABD Yüksek Mahkemesinin kararlarının bir değerlendirilmesi bakımından şu esere bakılabilir: WATKINS, John J., *The Mass Media and The Law*, Prentice Hall, U.S. 1993, ss. 27.vd.

³⁴ 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un “Yayın Hizmeti İlkeleri” başlığını taşıyan 8.maddesi oldukça geniş bir yelpazede yayıncının editoryal haklarını kısıtlamaktadır. Buradaki bütün düzenlemelerin ifade özgürlüğü toplamı üzerinde bir artışa neden olduğunu, ya da ifade özgürlüğünün sınırlanmasını haklılaştıran nedenler arasında sayılabileceğini söylemek güçtür. Örneğin, yayınların “Atatürk ilke ve inkılaplarına” aykırı olmamasından neyin anlaşılması gerektiği belli değildir. Devletçilik ilkesine karşı çıkarılan bir programın bu kapsamda yaptırıma tabi tutulması mümkündür. Bu yüzden de bu ifade yerine, demokrasi ve insan hakları gibi kavramların konulması nihai noktada Atatürk’ün de savunmuş olduğu anlayışa daha uygun düşerdi. Aynı biçimde “toplumun milli manevi değerlerine aykırı” yayın kavramı da idari otoritenin yetki sınırlarını belirlemekten uzak olabilecektir. Kanun metni için bkz. (http://www.rtuk.org.tr/sayfalar/IcerikGoster.aspx?icerik_id=5a3cac1e-b6d9-4b23-bc7a-8dcd671fceb4, erişim 7 Ocak 2013).

³⁵ Arvas’ın bu konudaki makalesi için Bkz. (http://sbd.aydin.edu.tr/makaleler/cilt1/sayi7/6_ibrahim_sena_arvas.pdf, erişim 9 Mart 2013).

denetime katkı sağlasa da tam anlamıyla bir kendi kendini denetleme unsuru değildir. Bu bağlamda bu tür denetimlerde dışsaldır. İçsel olan denetim ise bizatihi haberi yapan, sayfayı hazırlayan gazeteci ya da sorumlu editörler tarafından yapılan denetimdir. Bu denetimin gereği gibi yapılabilmesi için elbette gazetecinin kendi patronuna karşı da bağımsız olması gerekecektir,³⁶ ama buradaki konu daha çok patronların müdahil olmayacakları bir soruna işaret etmektedir. Basın etiğine sadık kalmak ve kuralları uygulamak herhangi bir dış baskı olmaksızın gazetecinin kendiliğinden yapması gereken bir iştir. Aslında kurallar yazılıdır ve herkesçe bilinmektedir. Önemli olan bu kurallar doğrultusunda haber yapmayı gazetecinin istemesi, irade etmesidir. Bu durumda hükümet tarafından yapılacak dışsal denetim yalnızca ikincil, tamamlayıcı bir nitelik arz edecektir ki; demokratik bir toplumda arzulanabilir olan da budur³⁷.

Basının doğru bilgi sağlama yükümlülüğünü yapmış olduğu haber konularındaki bilgisizliği nedeniyle ihlal etmesi aslında bir mazeret olarak görülmemelidir. Basın yayın organlarında görev yapanlar haber yaptıkları alanlarda uzmanlaşmalı, bununla birlikte yine de özellikle bir manşet dizayn ederken konunun uzmanı birisinden görüş alınması kimi zaman yapılan büyük yanlışları önleyecektir.

Basında hukukçularla ve yargı ile ilgili haber yapılırken çok ciddi araştırma yapılmadan bu haberler yapılıyor. Örneğin, “baklava çalan çocuğa şu kadar ceza verdi hakime bak, yargıca bak!”³⁸ diyerek manşet atıyorlar ve yargıcın da resmini oraya koyuyorlar. Tabi ki bunu yapanlar hukukla ilgili hiçbir deneyimi, ilgisi, araştırması olmayan ve kimseye sorma zahmetine girmeyen medya mensuplarıdır.

³⁶ Medyanın patron çıkarları için kullanılmasıyla ilgili şu makaleye bakılabilir: GOODMAN, Helen, Media Self-Regulation must Include Self-Control too, (<http://liberalconspiracy.org/2011/10/26/media-self-regulation-must-include-self-control-too/>, erişim 8 Nisan 2013).

³⁷ Örneğin şu belgede basın etiği ile ilgili kural ve ilkeler toplanmıştır: The OSCE Representative on Freedom of the Media, Vienna 2008, (contributors: Mikros Harszti, Yavuz Baydar, William Gore, Ognian Zlatev, Véronique Maurus), (<http://www.osce.org/fom/31497>, erişim 2 Haziran 2013).

³⁸ Bu haberle ilgili olarak sonraki tarihlerde yapılan yorumlar da bu türden temel hataları sürdürmeye devam etmişlerdir. Örneğin şu haberde ironik biçimde şöyle denilmektedir: “*Artık baklava çalan çocuklara ağır ceza verilmeyecek. Türk Ceza Kanunu Alt Komisyonu, vicdan yaralayıcı durumları önlemek için gasp suçunda indirim gitti.*” Haberi hazırlayan gazeteci adeta ısrarla hırsızlık suçu ile gasp suçu arasındaki farkı gör(e)memeye devam etmektedir. Bkz. *Hürriyet Gazetesi*, 12.2.2004 tarihli haber, (<http://arama.hurriyet.com.tr/arsivnews.aspx?id=202085>, erişim 1 Haziran 2013).

Halbuki 765 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu bir zamanda yani şu anda mevcut 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan önceki kanun olaya çok farklı bakıyordu. Felsefesi çok farklıydı. O kanun, 1930'ların yükselen faşist felsefesini İtalya'da olduğu şekliyle içeriyordu, onun ruhunu almıştı. Kanun daha eski bir kanun 1889 Kanunu'nun (codice Zanardelli) tercümesiydi ama ondan sonraki değişiklikler o dönemden etkilendi. Dolayısıyla kişiyi değil siyasal toplumu, yani devleti ön plana çıkaran bir zihniyet kanuna hakim oldu. Bu durum daha suçların tasnifinden ve dizilişinden itibaren bir kendini gösteriyordu. Bu açıdan bu kanun gasp suçu ile ilgili daha farklı bir düzenleme yapıyordu. Suçun alt sınırı çok yukarıdan başlıyordu ve yargıç alt sınırdan vermesine rağmen, verebileceği en az ceza da kamu vicdanını rahatsız edecek kadar yüksekti. Ama yeni kanun bunları büyük ölçüde düzeltti. Eski kanuna göre verilmiş bir hükmü medya mensuplarının o şekilde yargıcı ön plana çıkararak vermeleri doğru değil. Yasadan kaynaklanan bir olumsuzluğu bütünüyle davanın yargıcına yükleyerek konuyu manşete taşımak sorumlu basın anlayışıyla ne kadar bağdaşmaktadır? Kendimizi o yargıcın yerine koyarak bir kez daha düşünelim³⁹!

³⁹ Yakın tarihli bir Yargıtay kararına konu olan olayda da eski kanuna göre verilmiş bir hüküm sözkonusudur. Yine basın, hatta politikacılar eski kanundaki hükmü uyguladığı için davanın yargıcını suçladılar. Popülist davranmamak lazım altına bakmak lazım, eğer yargıç ceza yargılamasında geçerli olan "sanık lehine ilkesi"ni uygulamazsa, o zaman anayasanın temel ilkelerinden birisini, ceza hukukunun evrensel ilkelerinden birisini ihlal etmiş olacak... bunu kabul edebilir miyiz? Edemeyiz. Vicdanımız sızlasa bile bunu kabul etmeniz mümkün değil, belki bu konuda müdahil olanlar (işte Bakanlıkla ilgili olarak konuşuyorum) Yargıtay'a belki şöyle bir itirazda bulunabilirler... müdahil avukatları savunma açısından, eğer davaya müdahil olacaklarsa, biz 1994 yılında çocuk hakları sözleşmesini onayladık, Sözleşme, 1995'te Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleri bağlamında yürürlüğe girdi. O Sözleşmeye dayalı olarak 18 yaşın altındaki herkes çocuk kabul ediliyor (m. 1) ve Sözleşme açık şekilde çocuk istismarını ve özellikle cinsel istismarı yasaklıyor (m.19). Bu nedenle de Sözleşmeye baktığımızda 13 yaşındaki bir çocuğun cinsel ilişkiye göstereceği rızanın geçerli kabul edilmemesi gerekir. Zira bu kişi on sekiz yaşın altında olduğundan henüz "çocuktur". Dolayısıyla Sözleşmede yer alan "çocuğun en yüksek menfaati" ifadesi (m.3/1; m.18/1) doğrultusunda çocuğun korunabilmesi için, diğer yandan da kanunilik ilkesi ihlal edilmeden , bir ara formül bulunması mümkün olabilirdi diye düşünüyorum. Zira olayın vuku bulduğu tarihte (2002 yılı) Sözleşme Türkiye bakımından yürürlüktedir, en azından o gün için bile Anayasanın 90.maddesi uyarınca Sözleşme hükümleri Ceza Kanununun hükümleri ile eşit değere sahiptir. 2004 yılı sonrasında ise (Anayasanın 90.maddesindeki değişiklikten sonra) Sözleşme hükümleri kanunlardan ve bu arada ceza kanunu hükümlerden de normlar hiyerarşisinde daha üstün bir konuma gelmiştir. Şunu söylemek istiyorum: yargıçlar eğer Ceza kanunu Sözleşme ile birlikte yorumlasalar daha farklı bir sonuca, kamu vicdanını zedelemeyecek bir sonuca "sanık lehine yorum" ilkesini de ihlal etmeden ulaşabilirlerdi. Zira, öyle anlaşılıyor ki, olay olduğunda Sözleşme Türk hukuku bakımından yürürlükte idi. Ama Yargıtay'ın veya yargıçların bunu bilmemeleri de çok normal. Türkiye'de gerçekten uluslararası hukuka göre karar verecek henüz bir yargı oluştuşuramadık. Halbuki bu imkanımız var şu anda. Anayasa'nın 90. Maddesi, 2004 değişikliğinden itibaren insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeleri kanunla-

Bu türden haberler, örneğin İsveç'te yapılırsa, Basın Ombudsmanı tarafından Basın Etik Konseyine şikayet edilecek ve ilgili basın kuruluşu hakkında yaptırım kararı alınabilecektir. İsveçte, gazetelerin bile öldürülmüş bir kişinin resmini basmasına izin verilmemekte, özellikle mağdurların isimlerinin gizlenmesi gibi mağdur yakınlarının da psikolojik vs. hiçbir zarara uğramamaları için gerekli özenin gösterilmesi basın etiği açısından aranmaktadır⁴⁰.

Bu nevi editöryal sınırlamaların gazeteciler tarafından bir iç denetim olarak yapılması ifade ve basın özgürlüğüne hiçbir zarar vermeyecektir. Dışsal müdahalelerde ise her zaman bir riskin olduğunu kabul etmek gerekir. Fakat yine de mağdur isimlerinin yazılmasında (kişilik haklarının korunmasından) daha yüksek bir kamusal çıkar bulunmuyor ise basının editöryal takdirine yönelik bir sınırlamanın ifade özgürlüğü açısından büyük bir sorun oluşturmayacağını söyleyebiliriz.

Ana medya organlarında editöryal öz (self) denetimin bulunmaması, ister istemez basın için dış denetimi meşru olmanın ötesinde gerekli hale getirmektedir ki, bu da aslında istenmeyen bir devlet müdahalesi anlamına gelmektedir. D. Flint'in belirttiği gibi medyanın kendi kendini düzenlemesi (media self-regulation) ilkesi, iki temel önermeye dayanmaktadır⁴¹:

- (1) Demokrasilerde basın, devlet kontrolü dışında özgür olmalıdır.
- (2) Basın, sorumlu ve hesap verebilir olmalıdır.

Ancak, yukarıda da (ABD hukuku ile ilgili anlatımda) belirtildiği

rın üzerinde kabul ediyor. Aslında kısaca şunu söylemek istiyorum, dünyanın (demokrasiye ve hukuk devleti ilkesine bağlı olanların) örnek alacağı içtihatlar üretmeden önce mevcutların çok gerisinde kalmamak lazım. Şu an Türk hukuk sistemi pek çok yönden Anayasanın 90. Maddesi uygulaması ile bunun önünü açmaktadır. Anayasa, kanun hükümleri ile sözleşme hükümleri arasında bir ihtilaf, bir çatışma varsa, uluslararası sözleşme hükümlerini ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarını veyahut Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi Kararlarını uygula diyor. Dolayısıyla yargı bu konuda eğer iyice kendini yetiştirirse daha farklı açılımlar yapılabilir.

⁴⁰ Bu konudaki mevzuat ve uygulama örnekleri için bkz. (<http://www.pressreference.com/Sw-Ur/Sweden.html>, erişim 5 Haziran 2013)

⁴¹ FLINT, David, Media Self-Regulation, in: Freedom of Communication, Ed. by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publishing, Great Britain, 1994, ss.281-295; Özdenetim konusunda bkz. N. İlker Çolak, Kitle İletişim Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012, ss. 73-75; Kurumsal açıdan özdenetimin nasıl yapılabileceği üzerine (Şeref Divanı, Basın Konseyi gibi kurumlar aracılığıyla) bkz. İÇEL, Kayıhan/ ÜNVER, Yener, Kitle İletişim Hukuku: Basın, Radyo-Televizyon-Sinema-Video-İnternet, Yeniden İncelenmiş Doku-zuncu Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 216-230.

üzere, en liberal ifade özgürlüğü rejimlerinde dahi medya bir bütün olarak değerlendirilmemekte; yazılı basın ile görsel/işitsel medya arasında bir ayırım yapılmakta, birincisinde self-regulasyon ilkesi benimsenirken ikincisinde devlet müdahalesine izin verilmektedir⁴².

ABD’de, yazılı basında editoryal dış denetime Yüksek Mahkeme tarafından hiçbir şekilde izin verilmezken, ana basın organlarında bunun iç denetimle yerine getirildiği görülmektedir. Örneğin, tecavüz mağdurlarının isimleri medya tarafından (hukuki olarak böyle bir yükümlülük olmamasına rağmen) kendiliğinden gizli tutulmakta, şifreli olarak yazılmaktadır. Gerçekte mağdurların isimlerinin açık yazılmasının kamusal tartışmaya ve kamunun haber alma, bilgi edinme haklarına hemen hiçbir katkı sağlamaz iken; bu suça özgü mağduriyetin bir özelliği olarak suça maruz kalan pek çok kadının şikayetçi olmasında caydırıcı bir rol oynamaktadır⁴³.

Türkiye’de radyo TV istasyonlarının yasa dışı fakat *de facto* bir izinle faaliyet gösterdiği 1990’lı yıllarda gündüz programlarında dahi son derece pornografik yayınların yapıldığı görülmüştür. Pornografik yayınlar sadece müstehcenlikle ilgili yayınlar değildir; bunlar aynı zamanda örneğin bir trafik kazası haberinin verilmesi ile ilgili yayınları da kapsamaktadır. Medya mensuplarımızın özellikle çocukların bu türden yayınlardan ne denli etkilenebilecekleri ile ilgili hiçbir kaygı taşımadıkları görülmüştür⁴⁴. Bu durumun bütünüyle Türkiye’ye özgü olduğunu söylemek de mümkün değildir. Basın bu gücünü her zaman sanıldığı gibi demokratik değerlerin güçlendirilmesi için kullanmamaktadır. Kimi durumlarda demokratik

⁴² Yazılı basının denetlenmesi noktasında, devletin negatif edim yükümlülüğü o denli güçlü olarak savunulmaktadır ki; örneğin, İngiltere’de (aslında oldukça liberal bir uygulama olmasına karşın) mevcut olan hakaret davalarının basın özgürlüğü için son derece kritik bir tehdit olduğu ileri sürülmektedir. Söz konusu tartışmalar hakkında bkz. FLINT, s. 282-283.

⁴³ Bu yönde ve karşı görüşler için de bkz. Naming Victims in the Media, National Alliance to End Sexual Violence, (<http://endsexualviolence.org/where-we-stand/naming-victims-in-the-media>, erişim 4 Haziran 2013).

⁴⁴ 1990’lı yıllarda medyadaki bu tutumun yazılı basın bakımından da bir başka açıdan geçerli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bir yazarın şu değerlendirmeleri bu durumu göstermektedir: “Basın özellikle 1990’lı yıllarda amaç dışı kullanılmasıyla mecrasından sapmış işbaşındaki hükümetlerle ve kapital sahipleriyle yakın ilişkiler kurmak suretiyle de gerek bağımsızlığından gerekse itibarından önemli ölçüde kayba uğramıştır. ... Diğer yandan, daha önce de belirttiğimiz gibi geçmişin gazeteleri ve basın kuruluşları, özellikle 1990’lı yıllarda birer medya holdinge dönüşmüş ve artık arkasında televizyonu, radyosu, halkla ilişkiler şirketi ile internet kuruluşu olmayan gazeteler ticari açıdan piyasada itibar görmez hale gelmişlerdir.” Bkz. ÖZGEN, Murat, 1980 Sonrası Türk Medyasında Gelişmeler ve Magazinleşme Olgusu, (<http://cim.anadolu.edu.tr/pdf/2004/1130848156.pdf>, erişim, 10 Haziran 2013).

değerlerin, insan haklarının tam karşısında bir tutum da alabilmektedir. Örneğin basının Avrupada ırkçılığın yeniden üretilmesindeki rolüne işaret eden bilimsel çalışmalar mevcuttur.⁴⁵ Basının maniplatif etkililiğinin törpülenebilmesi için içsel ve denetimli ve dengeli bir dışsal/harici denetime ihtiyaç bulunmaktadır.

Goodwin'in belirtmiş olduğu üzere bu sorumluluk medya tarafında şu noktalara riayet edilerek sağlanabilir⁴⁶:

- Çıkar çatışmalarından kaçınarak sağlanabilir.
- Kimi yöntemlere dikkat çekerek sağlanabilir. Örneğin tek bir haber kaynağına dayalı olarak haber yapmaktan kaçınmak gerekir ya da özel konuşmaları gizlice kaydetmekten kaçınmak gerekir.
- Özel hayatın gizliliği hakkına saygı göstermek gerekir.
- Müşfik olmak (empati kurmak) gerekir.
- Ehliyetli olmak gerekir (işinde iyi olmak, birikimli olmak gibi).
- Ve nihayet, hesap verebilir olmak gerekir.

Özellikle hesapverebilirlik (accountability) konusunda önemli olan nokta basının devlete karşı bağımsızlığını ortadan kaldıracabilecek bir yapının oluşmasının önlenmesidir. Ne var ki, basın ombudsmanlığı, basın konseyi ya da alternatif sorun çözme mekanizmalarının etkin biçimde oluşturulamaması halinde yargı müdahalesi zorunlu hale gelmektedir. Aksi durumda, kişilik haklarının korunmasından basının tekelleşmesine (ve basın patronlarının ekonomik çıkarlarının basit bir aracı haline dönüşmesi tehlikesine) varıncaya kadar pek çok ciddi sorun ortada kalacaktır.

Bütün bu deneyimler; denetimsiz bir medyanın, ifade özgürlüğü sistemine fikirlerin pazar yeri (marketplace of ideas) argümanı çerçevesinde olumlu bir katkısının olmadığını göstermektedir. Ne var ki, medya üzerindeki hükümet denetiminin denetlenmesi ve medyanın devletin onayladığı fikirleri verme rolünü üstlenmiş bir fonksiyona dönüşmesi tehlikesinin bertaraf edilmesi son derece hayati bir sorundur⁴⁷. Bu konuda kuşkusuz en önemli

⁴⁵ Bu konuda bkz. DIJK, Teun A. Van, Race, Riots and The Press: An Analysis of Editorials in the British Press About the 1985 Disorders, (<http://discourses.org/OldArticles/Race,%20riots%20and%20the%20press.pdf>, erişim 4 Haziran 2013).

⁴⁶ GOODWIN, H. Eugen, Groping for Ethics in Journalism, Iowa State University Press, 1987, 'den aktaran FLINT, s. 284.

⁴⁷ Medyanın demokratik bir toplumda oynadığı kritik role ve bunu gerçekleştirmek için gerekli

güvence yargı güvencesidir. Unutmamak gerekir ki, hem bağımsız idari otorite tarafından yapılan denetim hem de bu denetimin denetlenmesi anlamındaki yargı denetimi, basının editoryal haklarına dışsal müdahaledir. Denetimin denetiminin yerindeliği üzerine bağımsız bir değerlendirme yapmak daha doğru olacaktır.

TÜRKİYE'DE YARGI DENETİMİ

Basının editoryal hak ve yetkilerine müdahale biçiminde gerçekleştirilecek yargı denetiminin iki önemli boyutu vardır. Birinci boyut, özellikle düzeltme ve cevap hakkı kurumu dolayısıyla hem yazılı hem de görsel/işitsel medyada uygulanacak olan denetimdir. Bu denetimin ifade özgürlüğü sistemine yapmış olduğu olumlu katkılar daha önce tartışıldığından⁴⁸, burada özellikle devletin ifade özgürlüğü sistemi bakımından negatif edim yükümlülüğü çerçevesindeki müdahalelerinin denetlenmesi meselesi üzerinde durulacaktır.

Buradaki incelememizde yargı denetiminin konusu, RTÜK denetimi üzerine denetim yapan, başka bir deyişle denetlenenin denetlendiği idari yargı denetimidir. Bu alanda kuşkusuz nihai sözü söyleme yetkisine sahip bulunan Danıştay'ın kimi kararlarında belirlemiş olduğu ilkeler önem taşımaktadır.

Danıştay'ın denetimlerde uygulanan yaptırımları ceza hukukunun idare hukukuna göre daha katı olması gereken bir ilkesi çerçevesinde değerlendirmesi, medya denetiminde en önemli güvencelerden biridir. Danıştay'ın, Anayasanın 38.maddesinde yer alan, “[c]eza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.” biçimde formüle edilen kanunilik ilkesini uygulaması aslında Anayasanın 13. Maddesinde yer alan, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin hükmün bir gereğidir. Zira, idare tarafından ifade ve basın hürriyetine yapılan her türlü kısıtlayıcı müdahale, Anayasada ve Türkiye'nin tarafı bulunduğu uluslararası

olan önemli ölçüde editoryal takdir yetkisine ilişkin bkz. The Role of Media in Democracy: A Strategic Approach, Center for Democracy and Governance Bureau for Global Programs, Field Support, and Research U.S. Agency for International Development, Washington D.C., June 1999, (http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/usaid/media_in_democracy.pdf, erişim 3 Haziran 2013).

⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞAHİN, s. 195-213; Basın araçlarına erişim noktasında sıradan insanlarla elitler arasındaki farklılığa dikkat çekmesi açısından (ki bu, demokratik yönetim ilkesi bakımından bir sorundur) şu esere bakılabilir: DIJK, Teun A. Van, Power and the News Media, (<http://discourses.org/OldArticles/Power%20and%20the%20news%20media.pdf>, erişim 4 Haziran 2013).

sözleşmelerde güvence altına alınmış olan temel haklara bir müdahale teşkil edeceğinden yasaya dayanmak zorundadır⁴⁹. Söz konusu hukuki düzenlemenin soyut olarak mevcudiyeti yeterli değildir. Aynı zamanda, bu düzenlemenin açık ve öngörülebilir olması da gerekir⁵⁰.

Danıştay, kanunilik ilkesini bir adım daha ileri götürerek, ceza hukukuna özgü diğer ilkelere de referans yapmaktadır. Örneğin vermiş olduğu bir kararında Danıştay biraz garip biçimde şu görüşlere yer vermiştir:

“Parmaklıklar Ardında” adlı yerli dizide 3484 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanununun 4. Maddesinin 1. Fıkrasında öngörülen yayın ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek davacı şirketin uyarılmasına ilişkin Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun ... sayılı toplantısında verdiği 33 nolu kararın iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince dosyada mevcut tüm bilgi ve belgelerle söz konusu diziyeye ait yayın CD’sinin birlikte değerlendirilmesinden dava konusu işlemde

⁴⁹ Kimi yazarlar, cezaların suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca mutlaka kanunla konulmasının zorunlu olmasına karşılık, kanunilik ilkesinin idari suç ve cezalar konusunda bu denli katı bir biçimde uygulanmasına gerek olmadığı; idari suç ve cezalar açısından yasal dayanağın yeterli olacağını, konunun ayrıntılarının idare tarafından düzenlenebileceğini ileri sürmektedirler. Bu yazarların tespitleri, müdahalenin Anayasada güvence altına alınmış bulunan bir temel hak ve özgürlüğe yönelik kısıtlayıcı mahiyette bir müdahale olması halinde Anayasanın 13. maddesine aykırı olacaktır. Ancak, belirtmek gerekir ki, bu görüş AİHM’nin içtihatlarıyla uyumsuz değildir. Zira bizde kanunla öngörülmeye yalnızca TBMM tarafında Anayasa belirlenmiş usullere göre çıkarılan mevzuata gönderme yaparken, AİHS’de belirtilen kanunla öngörülmeye (par la loi ya da prescribed by law) ifadeleri sadece parlamento hukukuyla sınırlı değildir. Öte yandan, Anayasa Mahkemesine göre, “Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, uyarınca bir hukuk devletinde, ceza yaptırımına bağlanan her eylemin tanımı yapılmalı, suçlar kesin biçimde ortaya konulmalıdır. Anılan ilkenin özü, yasanın ne tür eylemleri yasakladığının hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde belirtilmesi ve buna göre cezasının da yasayla saptanmasıdır.” Anayasa Mahkemesi burada Anayasanın yukarıda zikredilen 38. maddesine dayanmaktadır. Doktrinde anılan görüş Günday tarafından zikredilen Gözübüyük/Tan’a aittir. Bkz. GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2011, s. 233-234 (ve 234’teki 214 No.lu dipnot.). Gözler, idari müeyyide ile cezai müeyyidenin birbirinden mahiyet olarak farklı olduğunu, örneğin ceza davasında beraat eden bir kişiye idari müeyyide (disiplin cezası) uygulanmasının mümkün olduğunu belirtmektedir ki, bu son derece yarıncı bir görüştür. Zira ceza hukukunda geçerli olan delil standardının aynı ölçüde idari yaptırımlar bakımından da geçerli olacağını söylemek mümkün değildir. Ayrıca cezai müeyyideyi uygulayacak olan (yargı organları) mercilerin takip etmesi gereken usuller ile idari müeyyideyi uygulamak durumunda olan idarenin takip etmesi gereken usuller de aynı değildir. Bununla birlikte cezai müeyyideler bakımından geçerli olan kimi ilkelerin idari müeyyideler bakımından da geçerli olması mümkündür. Bkz. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2011, s. 399 ve 610.

⁵⁰ Hukuki düzenlemenin sahip olması gereken ölçütler AİHM tarafından şu kararda açık biçimde belirlenmiştir: *Handyside v. the United Kingdom*, (App. no. 5493/72), Judgement of 7 December 1976.

Parmaklıklar Ardında adlı dizide kamu hizmeti anlayışı içerisinde yayın yapılması ilkesinin ihlal edildiği belirtilmekte ise de söz konusu dizide yer alan kimi sözler, görüntüler ve eylemlerle, belirlenen yayın ilkesinin ne şekilde ihlal edildiği somut olarak ortaya konulamadığı gibi varsayım ile ceza belirlenmesi, idari cezalar için de geçerli olan “suç bütün unsurlarıyla oluşmadıkça failin cezalandırılmayacağı” yolundaki genel ceza hukuku ilkesine aykırı olduğundan ve söz konusu yayında kamu hizmeti anlayışı içerisinde yayın yapılması ilkesinin ihlal edilmediği kanaatine varıldığından davacı şirketin uyarılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş, bu karar davalı idare vekilince temyiz edilmiştir. Dava konusu işlemin yukarıda özetlenen gerekçeyle iptali yolundaki temyize konu Ankara 11. İdare Mahkemesinin ... kararında ...bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından temyiz istemi yerinde görülme[miştir]⁵¹.

Karar, netice itibarıyla idarenin basın özgürlüğüne (ifade özgürlüğüne) müdahale eden işleminin keyfiliğe yol açmayacak biçimde gerekçelendirilmiş olmasını araması bakımından yerinde bir karar olmakla birlikte ceza hukukunda geçerli olan her ilkeye yerli yersiz gönderme yapması bakımından tuhaftır. Burada yapacağı denetimde idari yargının, ifade hürriyetini sınırlandıran idari işlemlerin Anayasada ve uluslararası sözleşmelerde yazılı bulunan sınırlama sebeplerinden birisine ya da birkaçına dayanmış olup olmadığını; bunun yanında sınırlamanın sınırlarını oluşturan testleri (demokratik toplumda gereklilik, ölçülülük gibi) geçip geçmediğini araştırmak olmalıdır. Bir yayının kuruluşunun editöryal haklarının sınırlandırılabilmesi için söz konusu kuruluşun bir suç teşkil eden eylemi gerçekleştirmesi gerekmez. Sınırlama sebepleri her zaman –hatta çoğu zaman- suç teşkil eden bir eylem niteliğinde olmaz. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin yukarıda sözü edilen kararını abartmamak ve ifade ve basın hürriyeti ile ilgili vakaları, diğer idari yaptırımlardan ayrı düşünmek gerekir. Ceza hukukundaki ilke ve kurallar bir dereceye kadar kıyaslanabilir ise de maddi unsur, manevi unsur gibi suçun unsurlarının teşekkül edip etmediği husuları ifadeye yönelik sınırlamalar bakımından her zaman geçerli olmaz. Örneğin, gündüz yayın kuşağında yer alan bir programa ilişkin reklam düzenlemesi çocukların gelişimi ile ilgili olarak gerekli olabilir. Bunun takdir edilmesinin ceza hukukunda suçun unsurlarının varlığı ile pek de ilişkili bir konu olmayacaktır. Burada daha çok başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, ahlakın ya da sağlığın

⁵¹ Danıştay 13. Daire, E. 2008/14317, K. 2010/596

korunması gibi başka nedenlerin araştırılması ön plana çıkacaktır. Nihayetinde, söz konusu sınırlamanın genel ifade özgürlüğü üzerinde olumlu bir etkisinin bulunduğu durumlarda sınırlama meşru hatta gerekli olacaktır⁵².

Yüksek yargının yapmış olduğu denetimlerde, karşılaşılan sorunlu hususlardan biri de mülga 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 4. Maddesinin ilk fıkrasında, yürürlükteki 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun 8. Maddesinde yer alan yayın ilkelerinin ifade özgürlüğü davalarında dikkate alınması gereken yukarıdaki esasları tartışmadan doğrudan uygulamasıdır. Örneğin, Kanunda belirtilen, “yayın hizmetlerinin ... hukukun üstünlüğü, adalet ve tarafsızlık esasına aykırı olama”yacağı kuralının formalist bir bakış açısıyla uygulanması, pek çok davada ifade özgürlüğü hakkı ihlaline yol açabilecek mahiyettedir⁵³. Örneğin Danıştay tarafından tekrarlanan şu husus ifade özgürlüğü davalarında yapılması gereken bir analiz bakımından sorunlu gözükmektedir:

Program hizmetlerinin bütün unsurlarının insan onuruna ve temel insan haklarına saygılı olması ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek yayın kuruluşunun uyarılmasına ilişkin ... Üst Kurul kararının iptali istemiyle açılmış ... [davada] ... İdare Mahkemesince; programa ait görüntülerin mahkeme heyetince izlenmesi sonucunda, programa katılan konukların tartışmasıyla başlayan gerginlik sonrasında sanatçılar tarafından argo ifadelerin yer aldığı bir şarkının söylendiği, başka bir sanatçı grubu üyelerinin şarkı söyleyen sanatçılara saldırıda bulunduğu bunun üzerine yayına ara verildiğinin görüldüğü, dava konusu yayının ... Kanunun 4. Maddesinde belirtilen yayın ilkelerini ihlal ettiğinin anlaşıldığı, dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı

⁵² İfade özgürlüğü ile ilgili davalar, ceza davaları olsa bile ceza hukukunun klasik kalıplarının dışında ifade özgürlüğü davalarına özgü hukuka uygun olarak yorumlanmalıdır. Kaldı ki, ceza davası mahiyetinde olmayan idari yaptırımları ceza davası kalıpları içine almak yersizdir.

⁵³ Danıştay’ın bu şekilde formalist bir yaklaşımı için bkz. Danıştay 13. Daire, E. 2009/3688, K. 2010/2132. Kararda, özetle şu görüşlere yer verilmiştir: “programda yapılan değerlendirmelerin 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 4. Maddesinin ilk fıkrasında belirtilen, radyo ve televizyon yayınlarının hukukun üstünlüğüne, Anayasanın genel ilkelerine, temel hak ve özgürlüklere aykırı olması nedeniyle Yasanın ihlal edildiği sonuç ve kanaatine varıldığından dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davanın yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu ... [yerel mahkemenin] kararında, ... bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından ... anılan mahkeme kararının onanmasına ... oybirliği ile karar verildi.” Benzeri bir karar için bkz. Danıştay 13. Dairesi, E. 2009/672 ve K. 2010/952 sayılı Kararı.

gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş... anılan Mahkeme kararının onanmasına oybirliği ile...”

Bu konuda bir başka sorunlu alan da özellikle bir yargılama sırasından yargılamanın selameti açısından getirilen yayın yasaklarının uygulanmasıyla ilgilidir. Çoğu zaman bu yayın yasakları, ifade ve basın özgürlüğüne yönelik sınırlamalar bakımından sorunlu da olsa mahkeme kararını uygulamak konusunda bir idari otorite konumundaki RTÜK’ün takdir yetkisi bulunmamaktadır. Ne var ki, ortaya çıkacak parakoksal duruma rağmen, idari yargının halen bir başka yargı merciince (adli yargı düzenindeki bir ceza mahkemesince) uygulanan yayın yasağının kapsamını değerlendirmek durumunda olduğu düşüncesindeyim. Bu durum yukarıda açıldığı gibi aslında hem anayasal bir zorunluluk olmaktadır hem de Türkiye’nin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin bir gereği olmaktadır⁵⁴.

Özetle yargının ve özellikle de bir yüksek mahkeme olarak Danıştay’ın her bir vakada, Kanunda belirtilen ifadeleri tekrar etmenin ötesinde dava konusu olayda ifade ve basın özgürlüğüne yönelik idari yaptırımların mahiyetini nesnel ölçütlerle tartışması ve bir neticeye varması uygun olacaktır. Danıştay’ın iş yükü dolayısıyla bunu yapmasının mümkün olmayacağı yönündeki bir savunma ise meşru kabul edilemez. Zira, basın ifade ve basın özgürlüğü genel olarak özgürlük kavramının ve özel olarak da demokratik toplumun can damarıdır.

SONUÇ YERİNE

İfade özgürlüğü piyasasına (bu arada elbette basın özgürlüğüne de) yapılan bütün müdahalelerin ifade özgürlüğü sistemi aleyhine sonuç doğuracağını söylemek mümkün değildir. Kimi müdahaleler, genel ifade özgürlüğü toplamı üzerinde bir artışa neden olabilir. Burada önemli olan hangi müdahalelerin genel ifade özgürlüğü üzerinde bir artışa, hangilerinin ise bir azalmaya neden olduğunu belirlemek ya da hesaplayabilmektir. Elbette artış yoksa müdahale de meşru değildir demek istemiyorum. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasını haklılaştıran pek çok neden ya da gerekçe vardır (örneğin kamu düzeninin korunması, suçun işlenmesinin önlenmesi ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi). Söz konusu nedenler, sınırlamanın sınırları (demokratik toplumda gereklilik ve orantılılık gibi) bağlamında

⁵⁴ Netice itibarıyla bu şekilde bir değerlendirme yapan yerel mahkeme kararını maalesef Danıştay bozmuştur. Danıştayın kararı için bkz. Danıştay 13. Dairesi, E. 2009/2736, K. 20102546; Yerel mahkeme kararının Danıştay görüşüyle uyumlu olduğu için onandığı bir karar için bkz. Danıştay 13. Dairesi, E. 2009/3120 ve K. 2010/2556 sayılı Kararı.

ifadenin sınırlandırılmasını haklılaştırabilir. Fakat, bütün bunların dışında genel ifade özgürlüğünde artış sağlayan müdahaleler demokratik bir toplumda sadece meşru değil; aynı zamanda gereklidir de. Örneğin, TV’lerde reklam akışının düzenlenmesi böyledir. Ya da düzeltme ve cevap hakkı kurumunun kurumsallaştırılması ve etkinleştirilmesi böyledir. Basın özgürlüğünün işlevine uygun şekilde gerçekleştirilmesi için bir basın ombudsmanının kurulması, basında editöryal iç denetimin etkinleşmesine katkı sağlayabilir. Bu konuda, ABD’den çok İsveç ve Norveç gibi iskandinav ülkelerini örnek almak kamusal çıkarları belirleyen, görünmez bir elin düzenlediği bireysel çıkarlara bağlılibertaryan bir liberalizmle⁵⁵ olmasa bile;insanileştirilmiş, sosyal içerikli T.H. Green’ci bir liberalizmle⁵⁶ daha çok bağdaşacaktır.

KAYNAKÇA

- ARNHEIM, Michael, *The Handbook of Human Rights: An Accessible Approach to the Issues and Principles*, Kogan Page Publishing, London 2004.
- ARVAS, İbrahim Sena, *Bir Özdenetim Tetikleyicisi Olarak, Medya Tekzip Merkezi: Türk Basınında Kanuni ve Gönüllülük Temeline Dayanan Denetim uygulamalarında Cevap ve Düzeltme Hakkı*,
(http://sbd.aydin.edu.tr/makaleler/cilt1sayi7/6_ibrahim_sena_arvas.pdf, erişim 5 Ocak 2013).
- BARENDT, Eric, *Importing United States Free Speech Jurisprudence?*, in: *Freedom of Communication*, Ed. by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publishing, Great Britain, 1994.
- BOLLINGER, Lee, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*, Oxford University Press, UK 1986.
- COPLAN, Karl S., *Legal Realism, Innate Morality, and the Structural Role of the Supreme Court in the U.S. Constitutional Democracy*, *Tulane Law Rev.* Vol. 86, (2011), (<http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty>,

⁵⁵ LAI, Deepak, *Reviving the Invisible Hand: The Case for Classical Liberalism in the Twenty-first Century*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006, s. 334 vd.

⁵⁶ Örneğin bkz. RICHTER, Melvin, *The Politics of Conscience: T.H. Green and His Age*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1964.

erişim 6 Nisan 2012)

ÇOLAK, N. İlker, Kitle İletişim Hukuku, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2011.

DIJK, Teun A. Van, Race, Riots and The Press: An Analysis of Editorials in the British Press About the 1985 Disorders, (<http://discoursesorg/OldArticles/Race,%20riots%20and%20the%20press.pdf>, erişim 4 Haziran 2013).

EASTLUND, David, The İnsularity of The Reasonable: Why Political Liberalism Must Admit The Truth, *ETHICS*, Vol. 108, January 1998.

FISHER, William W., The Development of Modern American Legal Theory and the Judicial Interpretation of the Bill of Rights, in: A Culture of Rights: The Bill of Rights in Philosophy, Politics and Law 1791 and 1991, Edited by Michalel Lacey/Knud Haakonssen, Cambridge University Press, Canada 1992.

FLINT, David, Media Self-Regulation, in: Freedom of Communication, Ed. by Tom Campbell and Wojciech Sadurski, Dartmouth Publishing, Great Britain, 1994.

GIBSON, James L. / CALDEIRA, Gregory A., Has Legal Realism Damaged the Legitimacy of the U.S. Supreme Court, *Law & Society Review*, Vol. 45, Number 1, (2011)

GOODMAN, Helen, Media Self-Regulation must Include Self-Control too, (<http://liberalconspiracy.org/2011/10/26/media-self-regulation-must-include-self-control-too/>erişim 8 Nisan 2013)

GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2011.

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, 10. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara 2011.

İÇEL, Kayıhan / ÜNVER, Yener, Kitle İletişim Hukuku: Basın, Radyo-Televizyon-Sinema-Video-İnternet, Yeniden İncelenmiş Dokuzuncu Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

JEFFERY, Anthea J., Free Speech and Press: An Absolute Right?, *Human Rights Quarterly*, Vol. 8, No. 2, May 1986, (John Hopkins University Press)

LAI, Deepak, Reviving the Invisible Hand: The Case for Classical Liberalism

in the Twenty-first Century, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006.

LIPTAK, Adam, U.S. Court is Now Guiding Fewer Nations, *New York Times*, 17 September 2008.

ÖZGEN, Murat, 1980 Sonrası Türk Medyasında Gelişmeler ve Magazinleşme Olgusu, (<http://cim.anadolu.edu.tr/pdf/2004/1130848156.pdf> erişim 10 Haziran 2013).

PELED, Roy / RABIN, Yoram, Constitutional Right to Information, *Columbia Human Rights Law Rev.* Vol. 42.

RİCHTER, Melvin, *The Politics of Conscience: T.H. Green and His Age*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1964.

ROSTOW, Eugene V., *American Legal Realism and the Sense of the Profession*, (1962). Faculty Scholarship Series. Paper 2139.

(http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2139, erişim 6 Haziran 2013).

SUNSTEİN, Cass, *Democracy and the Problem of Free Speech*, The Free Press, U.S. 1993.

ŞAHİN, Kemal, *İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü: Gereçleri ve Sınırları*, 12. Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

The OSCE Representative on Freedom of the Media, Vienna 2008, (contributors: Mikros Harszti, Yavuz Baydar, William Gore, Ognian Zlatev, Véronique Maurus), at <http://www.osce.org/fom/31497>, erişim 5 Mayıs 2013).

TİRYAKİ, Refik, Bağımsız İdari Kurum Olarak RTÜK, *AÜHFD*, C. 51, 2002, s. 172. (dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/284/2597.pdf, erişim 4 Mart 2013)

WATKINS, John J., *The Mass Media and The Law*, Prentice Hall, U.S. 1993.

BOŞ

ELEKTRONİK HABERLEŞME SEKTÖRÜNDE AÇIK HATLAR SORUNU VE DÜZENLEYİCİ KARARLARIN ETKİLERİ

Bilge UZ*

ÖZET

Yetkilendirilmiş işletmeciler eliyle, tüketiciler ile imzalanan tip abonelik sözleşmeleri üzerinden sunulan elektronik haberleşme hizmetlerinin bir türü de GSM hizmetleridir. Açık hat sorunu ülkemizde, GSM işletmecileri tarafından sunulan ön-ödemeli mobil telefon hizmetlerinin aboneliği esnasında veya sonrasında kişiye ait kimlik bilgilerinin suistimal edilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Kişinin bilgisi ve/veya rızası olmadan o kişi adına açılan ve satışa sunulan ön-ödemeli bireysel hatlar olarak tanımlanabilen açık hatlar; kimlik bilgileri suistimal edilen kişilerin yanı sıra, hatların suç amaçlı kullanımları halinde kamu güvenliği açısından da bazı sorunlar yaratmaktadır. Elektronik haberleşme sektöründe konuya ilişkin alınan düzenleyici kararlar açık hatların azaltulmasının yanı sıra tüketicilerin ve kullanıcıların korunması amacının gerçekleştirilmesine de hizmet etmektedir. Düzenleyici kararlar kişilerin üzerlerine kayıtlı hatları sorgulamalarına ve tanımadıkları hatları kapatmalarına da imkan vererek tüketici farkındalığı yaratmakta ve işletmeciler nezdinde tutulan abonelik kayıtlarının güncelleştirilmesini de sağlamaktadır. Çalışmada açık hat kavramı tanımlanmakta, konuya ilişkin yapılan ikincil düzenlemelere ve bu düzenlemelere ilişkin hukuki değerlendirmelere yer verilerek Düzenleyici kararların etkileri incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: açık hatlar, elektronik haberleşme hukuku, tüketici, abone, abonelik kayıtları.

(IDENTITY FRAUDS IN ELECTRONIC COMMUNICATIONS SECTOR AND IMPACTS OF REGULATORY DECISIONS)

ABSTRACT

GSM services are one of the electronic communications services that are offered by authorized operators via standard subscription contracts. Identity frauds mostly arise while signing of the subscription contracts of pre-paid services or after conclusion of the contract by abusing personal credentials of that person. These kind of pre-paid GSM lines can be easily used in crimes and endanger public security as well as creating identity frauds. Regulatory decisions regarding this issue

* Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nda Bilişim Baş Uzmanı (buz@btk.gov.tr).

reduced identity frauds in pre-paid subscriptions and served the aim of protection of consumer and user interests. Regulatory decisions enable consumers to query the pre-paid subscriptions on themselves also operators can able to update subscription records that are held in their systems. This article is about identity frauds in pre-paid subscriptions and the effects of regulatory decisions and secondary legislation.

Keywords: *identity fraud, electronic communications law, consumer, subscriber, subscription records.*

1. GİRİŞ

Elektronik haberleşme hizmeti, yetkilendirilmiş işletmeciler eliyle, tüketiciler ile imzalanan tip abonelik sözleşmeleri üzerinden sunulmaktadır. Ülkemizde mobil telefon hizmeti sunan üç adet yetkilendirilmiş GSM işletmecisi mevcuttur. GSM hizmetlerini talep eden aboneler ‘ön-ödemeli’ abonelik veya ‘faturalı’ abonelik gerçekleştirebilmektedirler. Bunlar arasındaki en temel fark ön-ödemeli aboneliklerde işletmeci tarafından aboneye fatura gönderilmemesidir. 2013 yılı birinci üç aylık döneme bakıldığında ülkemizde mobil telefon hizmeti abonelerinin yaklaşık %60,9’unu ön ödemeli abonelerin oluşturduğu ortaya çıkmaktadır. 2012 yılı itibariyle faturalı abonelerin oranı %36,4’ten %39,1’e yükselmiştir. Ön ödemeli abonelerin toplam abone sayısına oranı Avrupa Birliği üyesi ülkelerde %43 iken ülkemizde yaklaşık %61’dir¹.

Açık hat sorunu ülkemizde GSM işletmecileri tarafından sunulan ön-ödemeli mobil telefon hizmetlerinin aboneliği esnasında veya sonrasında kimlik bilgilerinin suistimal edilmesi ve/veya kimlik bilgisi üretilmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu hatlar kontör dolandırıcılığı, kaçakçılık, terör gibi suç amaçlı alanlarda kullanılmakta olup, hattın kullanıcıya ulaşılması güç olduğundan gerçek suçlunun tespiti zorlaşmaktadır.

2. AÇIK HATLAR

2.1. Açık Hat Kavramı

Açık hat kişilerin bilgileri ve rızaları olmaksızın kimlik bilgileri suistimal edilerek adlarına açılan ve satışa sunulan ön-ödemeli hatlar olarak tanımlanabilir. Kişi bu hattın abonesi olarak görünmekte ve hatla ilişkilendirilebilecek her türlü eylemden sorumlu olmakla birlikte çoğu

¹ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü Üç Aylık Pazar Verileri Raporu, 2013 Yılı 1. Çeyrek, s. 42.

durumda hattın varlığından bile haberdar değildir. Aboneye fatura gelmemesi de bu durumun gerek hattın üzerine kayıtlı olduğu abone gerekse işletmeciler tarafından takibini de güçleştirmektedir.

Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği²'nin (Tüketici Hakları Yönetmeliği) “Abonelik Sözleşmeleri” başlıklı bölümü altında yer alan 15 inci maddesinde abonelik sözleşmelerin uygulanmasına ve anılan sözleşmelerin kurulması için gerekli belgeleri düzenleyen hükümlere yer verilmektedir.

Tüketici Hakları Yönetmeliğinin 15 nci maddesi, işletmecilerin abonelik sözleşmelerini eksiksiz tanzim etmesi ve sözleşmenin yanı sıra bireysel aboneliklerde vatandaşlık numarası ile kimlik belgesinin birer suretinin abonelik sözleşmesi ile birlikte muhafaza edilmesi yükümlülüğünü işletmecilere getirmektedir. İşletmeci tarafından, madde hükmünde yer verilen belgelerin eksiksizliği ve doğruluğu kontrol edilerek, gerekli teyit işleminin İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü Merkezi Nüfus İdaresi Sisteminden (MERNİS) yapılması akabinde abonenin hattı kullanıma açılabilir. Maddede yer verilen bilgilerin doğruluğu onaylanmadan açılan hat ile ilgili olarak her türlü sorumluluk işletmeciye aittir. Hüküm bu anlamda belgelerin eksikliği halinde hattın açılmasını yasaklamamakla birlikte hattın açılması sonrasında maddede belirtilen belgelerin tamamlanması yükümlülüğünü getirmektedir. Belgelerin tamamlanmaması ya da muhafaza edilmemesi durumunda açılan hat ile ilgili her türlü sorumluluk işletmeciye ait kılınmaktadır.

2.2. Abonelik Sözleşmeleri ve Açık Hatlar

Bu noktada, elektronik haberleşme sektöründe hizmet alan tüketicilerle işletmeciler arasında abonelik sözleşmesi imzalanmasının gerekliliğinden kısaca bahsetmekte fayda görülmektedir. Tüketiciler ile abonelik sözleşmesi imzalanmasının en temel sebeplerinden birisi tüketicilerin korunması ve menfaatlerinin gözetilmesinin sağlanmasının bu şekilde mümkün olmasıdır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun³ (EHK), BTK⁴'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 6 ncı maddesinde “*Abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların hakları ile kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri yapmak*”

² R.G., 28/07/2010, 27655.

³ R.G., 10.11.2008, 27050, Mükerrer.

⁴ Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu.

BTK'nın görevleri arasında yer almaktadır. EHK'nın Abonelik Sözleşmeleri başlıklı 50 inci maddesi ise, *“Tüketiciler, elektronik haberleşme hizmetine abone olurken bu hizmeti sağlayan işletmeyle sözleşme yapma hakkına sahiptir ... Kurum, re’sen veya şikayet üzerine abonelik sözleşmelerini işletmecilerden isteyebilir, inceler ve değiştirilmesi uygun görülen hususları işletmeciye bildirir. İşletmeciler Kurum düzenlemelerine uygun olarak gerekli değişiklikleri belirtilen sürede yapmakla yükümlüdür ... Kurum bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirler.”* hükmünü getirmektedir.

EHK'nın 50 nci maddesi ile abonelik sözleşmesi yapılması tüketici açısından bir hak olarak düzenlenmiş olup, tüketiciler ile hizmet sunumuna ilişkin abonelik sözleşmesi imzalanması yetki belgesinde ve/veya ikincil düzenlemelerde açıkça düzenlenmiş olmadıkça işletmeci açısından da bir yükümlülük teşkil etmektedir. Tüketici Hakları Yönetmeliği'nin 5 inci maddesi kapsamında, elektronik haberleşme hizmetlerinden yararlanan tüketicilerin *“elektronik haberleşme hizmeti sunan işletmecilerle abonelik sözleşmesi yapabilme hakkı”*na sahip olduğunu hükme bağlamaktadır.

“Tüketici” tanımının unsurları bu noktada önem kazanmaktadır. Bir mal ya da hizmeti satın alan alıcının tüketici sıfatını kazanabilmesi için, bir gerçek kişi veya tüzel kişiliği haiz olması, edinimin, kullanımın veya yararlanmanın ticari ve mesleki amaçlı olmaması gereklidir⁵.

EHK'nın 3 üncü maddesinde “abonelik sözleşmeleri”, işletmecinin bir bedel karşılığında dönemsel ya da sürekli olarak bir hizmet ve/veya mal teminini yerine getirmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım çerçevesinde abonelik sözleşmelerinin temel nitelikleri;

- a) Sözleşmenin taraflarından birinin mevzuata uygun olarak yetkilendirilmiş işletmeci olması,
- b) Sözleşmenin sunulan telekomünikasyon hizmetlerine ilişkin olarak tüketici ile işletmeci arasında akdedilmesi,
- c) Belirli bir bedel,
- d) Dönemsel veya sürekli olarak bir hizmet/mal temini şeklinde sıralanabilir.

Bu anlamda abonelik sözleşmeleri ile, tüketici belirli bir hizmeti belirli bir bedel karşılığında edinecek ve işletmeci ise söz konusu hizmeti belirli

⁵ ASLAN, s.1-9.

bir bedel karşılığında dönemsel veya sürekli olarak temin etme borcu altına girecektir. Sözleşme işletmecinin sunduğu elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin olarak kurulmalıdır. Bu hususlar genel hükümler kapsamında bir sözleşmenin abonelik sözleşmesi sayılabilmesi için asgari gerek koşullar olarak belirlenmiştir. Abonelik sözleşmeleri tip sözleşmeler olması hasebiyle genel hükümler kapsamında belirlenen şekil şartlarına da uyulması gerekmektedir.

Abonelik sözleşmelerinin kurulması esnasında mevzuat gereği talep edilen kimlik belgelerinin suistimal edilmesi sonucunda, kişilerin bilgileri ve rızası dışında kimlik bilgilerinin kullanılması suretiyle adlarına açılan ve satışa sunulan ön ödemeli GSM hatları, başka bir deyişle “açık hatlar” ortaya çıkmaktadır. Açık hatların suç amaçlı kullanılması sonucu kimlik bilgileri kullanılan kişiler mağdur olmakta, gerçek suçlunun tespiti zorlaşmakta hatta bazı durumlarda imkansızlaşmaktadır. Bu durum açık hatların sadece bireysel değil toplumsal refah ve huzur açısından da zararlı olduğunu ortaya koymaktadır.

2.3. Açık Hatların Veri Gizliliği ve Bilişim Suçları Açısından Değerlendirilmesi

Açık hat konusuna kişisel verilerin korunması açısından yaklaşıldığında, kişisel verilerin özel hukuk alanında hukuka aykırı olarak işlenmesi halinde korunmasına yönelik olarak uygulanacak doğrudan bir hüküm bulunmaması durumu zorlaştırmaktadır⁶. Kişisel verilerin sözleşmeye aykırı olarak işlenmesi genellikle Anayasa ve Medeni Hukuk tarafından korunan özel hayatın gizliliğini ihlal etmektedir⁷. Ayrıca sözleşmesel ilişki nedeniyle gerçekleştirilmesi gereken işlemler kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılmaktadır⁸. Ancak açık hatlarda temel sorun kişinin kendi kişisel alanında bulunan veya kendi imzaladığı sözleşme gereği teslim ettiği kişisel verilerinin gizliliğinin ihlali değildir. Açık hatlarda kişinin kimlik bilgileri kullanılarak onun adına bir sözleşme düzenlenmektedir. Bazı durumlarda ise birkaç kişiye ait veriler birleştirilerek hayali bir kişi yaratılmakta ve üretilen kimlik bilgileri kullanılarak hayali bir kişi üzerine açık hat açılmaktadır. Bu noktada veri gizliliği hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün görünmemektedir.

Konu bilişim suçları açısından ele alındığında, açık hatların bir bilişim suçu olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Bilişim suçları genel

⁶ ÖZDEMİR, s.94.

⁷ ÖZDEMİR, s.101.

⁸ BAŞALP, s.33.

olarak ceza hukuku anlamındaki suçların bilgisayar yoluyla işlenmesi olarak tanımlanmaktadır⁹. “Açık hatlar” ise kişiye ait kimlik bilgilerinin kullanılarak abonelik sözleşmesi düzenlenmesi ve bu sözleşmeye bağlı ön-ödemeli hattın satışa sunulması şeklinde ortaya çıkan ihlal olup, bilgisayar ve/veya bilişim teknolojilerinin kullanılması açık hat açılması ve/veya açık hatların satışa sunulması için gerek şart teşkil etmemektedir. Bu noktada açık hatların salt bilişim suçu olduğunu ileri sürmek pek de mümkün görünmemektedir. Açık hattın açılması sonrasında bu hat kullanılarak işlenen, dolandırıcılık, kaçakçılık, terör gibi suçlar ise açık hattın açılması noktasındaki kimlik bilgilerinin izinsiz kullanılması veya yayılmasından bağımsız suçlar olarak değerlendirilmelidir.

Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) ‘kişisel verilerin kaydedilmesi’ kenar başlıklı 135 nci maddesinde yer alan suçta, suçun konusu kişisel verilerdir ve gerçek kişi ile ilgili her türlü veri kişisel veri olarak kabul edilmektedir¹⁰. TCK’nın 243 üncü maddesinin gerekçesinde ise sistem içindeki bütün soyut unsurların “veri” terimi kapsamında yer aldığı ifade edilmektedir¹¹. Bu anlamda kişinin rızasının bu suçtaki temel hukuka uygunluk nedeni olduğu dikkate alındığında rızanın varlığı halinde veya belirli bir mevzuat hükmü gereğince kişisel verilerin kayda alınması bu suçu oluşturmayacaktır. Kişinin kendi rızası ile kişisel bilgilerini internet ortamına aktarması halinde bu verilerin başkası tarafından alınıp kaydedilmesi de 135 inci madde kapsamındaki suçu oluşturmayacaktır¹².

TCK’nın 136 ncı maddesi hukuka uygun olarak kaydedilmiş olsun veya olmasın kişisel verileri hukuka aykırı olarak başkalarına vermeyi, ele geçirmeyi ve yaymayı bağımsız bir suç olarak tanımlamıştır. Bu suçun mağduru gerçek kişilerdir. Kanunda geçen ‘yayma’ kelimesi kişisel verilerin birden fazla kişiye verilmesini ifade etmekte olup bu eylemin yöntemi belirtilmemiştir. Elden ele, posta vb. gibi yöntemler ile yayma gerçekleştirilebileceği gibi internet ortamında da yayma oluşabilecektir¹³. Kişisel verilerin yayılması yazılı basın, gazete, radyo-tv veya sanal basın yoluyla da gerçekleştirilebilir¹⁴.

Açık hatlarda, kişinin kimlik bilgileri çalınarak o kişi adına açılan ön-ödemeli hatlar yoluyla haksız kazanç elde edilmesi söz konusudur. Açık hatlar

⁹ KARAGÜLMEZ, s.38.

¹⁰ KARAGÜLMEZ, s.227-229.

¹¹ ERDOĞAN, s.39.

¹² KARAGÜLMEZ, s.231-232.

¹³ KARAGÜLMEZ, s.233-236.

¹⁴ TAŞKIN, s.107.

kullanılarak işlenen dolandırıcılık vb. suçlar ise bu suçtan bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Kişinin kimlik bilgilerinin kendi bilgisi ile açılan bir hat için yapılacak abonelik sözleşmesi kapsamında hukuka uygun olarak ve rızası ile verilmiş olması halinde dahi bu bilgilerin bayi çalışanları tarafından yayılması ve üzerine haberi olmadan çok sayıda hat açılması durumunda TCK'nın 136 ncı maddesindeki kişisel verileri yayma suçunun oluşacağı değerlendirilmektedir. Üzerine açık hat açılan kişi daha önce bir abonelik sözleşmesi yapmamış olsa dahi bu madde kapsamındaki kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi eyleminin oluşacaktır.

Bu noktada, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi tarafından verilmiş bir karara da kısaca değinmekte fayda görülmektedir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi E.2011-14119, K.2012/781 numaralı ve 24/01/2012 tarihli, oy birliği ile verilen kararında, kişiye ait kimlik bilgilerini ele geçiren şahısların telefon hattı satın alarak hırsızlık suçlaması ile yargılanarak beraat ettiği belirtilerek manevi tazminat isteminde bulunan davacının zarara uğramasından kimlik belgeleri alıp sözleşmeyi bayi olarak imzalarken gerekli özeni göstermeyen davalı şirket ile bayisini iyi seçmeyen ve onu yeterince eğitip denetlemeyen şirketin sorumlu olduğundan bahisle, konuya ilişkin olarak ilk derece mahkemesi tarafından verilen davanın reddi kararı söz konusu GSM Şirketinin bayisini iyi seçmemek ve yeterince eğitip denetlememekle davacının zarara uğramasından birlikte sorumlu oldukları ve ilk derece mahkemesi tarafından zarar kapsamının belirlenip davalılardan tahsiline karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi nedeniyle reddedilmiş olması sebebiyle Yargıtay tarafından bozulmuştur.

Bu anlamda söz konusu Yargıtay kararı gereğince, GSM Şirketi abonelik işlemlerini yapan bayisini iyi seçmek, bu konuda eğitmek ve denetlemek zorunda olup, kişisel bilgilerin ele geçirilmesini engellemek için gerekli özeni göstermek durumundadır. İşletmeci bu yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediği hallerde işlemi gerçekleştiren bayi ile birlikte müteselsil sorumluluk altında olacaktır.

Ayrıca, Kabahatler Kanunu'nun 8 inci maddesi gereğince, organ veya temsilci sıfatı ile GSM işletmecisi adına tüketiciler ile abonelik sözleşmesi imzalayan bayi ve/veya alt bayilerin ve burada çalışan personelin işlemiş olduğu kabahatten dolayı GSM işletmecisi aleyhinde de tüzel kişi olarak idari yaptırım uygulanması gerekmektedir¹⁵.

¹⁵ PARLAR, s.136-137.

3. DÜZENLEYİCİ KARARLAR VE ETKİLERİ

Bu makale kapsamında “düzenleyici karar” ifadesi ile BTK tarafından EHK’deki düzenleme yetkisine dayanılarak alınan, elektronik haberleşme sektöründe işletmecilerin faaliyetleri açısından düzenleyici hususlar içeren, sektörün yapısını etkileyen, tüketicilere doğrudan etkisi olan ve yönetmelik, tebliğ düzeyinde olmayan idari işlemler kastedilmektedir.

3.1. Ön-Ödemeli Bireysel Hat Sayısının Sınırlandırılması

Kişilerin bilgileri ve rızası dışında kimlik bilgilerinin kullanılması suretiyle adlarına açılan ve satışa sunulan “açık hatlar”ın ortadan kaldırılması ve elektronik haberleşme hizmeti alan tüketicilerin korunması amacıyla BTK tarafından alınan ilk düzenleyici karar 27.10.2009 tarihli ve 552 sayılı Karardır.

552 sayılı BTK Kararı ile, bir kişi adına aynı mobil telefon işletmecisi tarafından açılacak “ön ödemeli bireysel hat” sayısının Türk vatandaşları için on beş adet, yabancı uyruklular için üç adet ve abonelik tesis etmeye yetkili bir bayi tarafından aynı ay içerisinde bir kişi adına açılacak “ön ödemeli bireysel hat” sayısının ise dört adet ile sınırlandırılması hükme bağlanmıştır. Aynı Kurul Kararı ile mobil telefon hizmetlerinde yeni açılan ön-ödemeli bireysel hatta, hattın aktivasyonunu müteakip bir sefere mahsus olmak üzere, bu hattın kimin üzerine kayıtlı olduğuna dair ücretsiz bilgi mesajı gönderilmesi, mobil telefon işletmecileri tarafından abonelerine, çağrı merkezi kanalı veya yazılı başvuruları üzerine, kendi isimlerine kayıtlı “aktif ön-ödemeli bireysel hat” sayısını öğrenme imkanı tanınması hususları karara bağlanmıştır.

552 sayılı BTK Kararı 2010 yılı itibariyle GSM işletmecileri tarafından uygulanmaya başlanmış olup, bu karar hat tesisi konusunda getirdiği sınırlama ile düzenleyici karar olarak bir milat niteliği taşımaktadır. BTK tarafından Kurul Kararında yer alan hat sınırlamalarının tespiti amacıyla çeşitli incelemeler yapılmış ve sınırlamalar belirlenirken GSM işletmecilerinden elde edilen veriler kullanılmıştır. Yapılan analizler neticesinde, makul bir ön ödemeli hat tüketicisinin yaklaşık olarak en fazla on beş adet ön ödemeli hat talep ettiği ve yirmi adetten fazla ön ödemeli hat satın almaya ise gönüllü olmadığı anlaşılmıştır. Kurul Kararında yabancı uyruklu kişiler açısından üst sınırın düşük tutulduğu ve açık hat açılma riskini en az seviyeye indirmek amacıyla, yabancı uyruklu kişiler üzerine açılacak ön ödemeli hat sayısının üç adet ile sınırlandırıldığı dikkati çekmektedir. Yabancı uyruklu kişilerin ülkemize

çoğunlukla turistik amaçlı ve geçici süreler için geldiği dikkate alındığında otel, tur şirketleri vb. kanalıyla pasaportlarının elde edilerek üzerlerine haberleri olmaksızın hat açılma riskinin Türk vatandaşlarına kıyasla oldukça yüksek olduğu değerlendirilmektedir. Yapılan araştırmalarda yabancı uyruklu kişiler üzerine kayıtlı görünen ön-ödemeli bireysel hatların kullanıcılarının tamamına yakınının Türk vatandaşı olduğu anlaşılmıştır. Bu kişilerin çoğunluğu ise, kullandıkları hat için abonelik sözleşmesi imzalamadıklarını ancak uzun süredir hattı kullandıklarını ifade ederek hattın üzerine kayıtlı olan kişiyi bulmaları halinde devir işlemini gerçekleştirmek istediklerini ifade etmişlerdir. Bu durumun Türk vatandaşları üzerine kayıtlı açık hatların iyi niyetli kullanıcıları açısından da böyledir.

Bu noktada açık hat sorununun iki tarafı olduğu ortaya çıkmaktadır. Bunlardan birisi '*kimlik bilgileri suistimal edilen kişi*' yani '*haberi olmadan hat üzerine açılan kişi*' iken diğeri de bu hattın kullanıcısı olan kişidir. Hattın kullanıcısı uzun süredir iyi niyetle bu hattı kullanıyor ise numara ile bir bağlılık kurduğunu ve yeni bir hat almaktansa bu hattın sahibini bulup hattı kendi üzerine kaydettirmeyi istediği dikkati çekmektedir. Bir başka ifade ile, açık hat sorunu sadece açık hattın kapatılması ile ortadan kalkmamaktadır. Tersine hattın kapatılması o hattın iyi niyetli kullanıcısı açısından da bir mağduriyet oluşturmaktadır. Zira bu kişinin hatta ilişkin fesih dahil tarife değişikliği gibi abonelik sözleşmesine bağlı hiçbir işlemi yapma yetkisi olmamakla birlikte hattın kapatılması ile haberleşme imkanını kaybetmiş olacaktır. Bu hattın feshi ile yeniden aynı numara üzerinden abonelik sözleşmesi imzalamaya ise GSM işletmecilerinin uygulamaları izin vermemektedir. Hattın feshedilmesi ile birlikte numara havuza alınmakta ve 3 ila 6 ay arasında değişen süre boyunca hattın anonimleşmesi ve eski kullanıcısı ile irtibatının kesilmesi yani o hattın kullanıcısının artık hattı kullanmadığının anlaşılması için bekletilmektedir. Bu süreç sonunda o hat için abonelik sözleşmesi imzalanabilmektedir. Bu durum ise iyi niyetli açık hat kullanıcısının aleyhinedir. Zira hattın anonimleşmesi için havuzda bekletilen süre sonunda, kullanıcının hat ile bağlantısının kesilmesi o hattın tüketici gözündeki cazibesini ve talep nedenini ortadan kaldırmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak aşağıda, 3.3 Aboneliğin Güncelleştirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar başlığı altında değerlendirmeler yer almaktadır

3.2. Mobil Hat Sorgulama Sistemi

Açık hatların önlenmesi amacıyla BTK 2012 İş Planına Mobil Hat Sorgulama Projesi dâhil edilmiştir. Söz konusu proje 2012 yılı içerisinde

yapılan çalışmalar sonucunda, GSM işletmecilerin işbirliği ile hazırlanmış ve 02.01.2013 tarihinde hayata geçirilmiştir. Proje temel olarak 552 sayılı Kurul Kararında yer alan mobil telefon işletmecileri tarafından abonelerine, çağrı merkezi kanalı veya yazılı başvuruları üzerine, kendi isimlerine kayıtlı “aktif ön-ödemeli bireysel hat” sayısını öğrenme imkanı tanınmasına ilişkin düzenlemenin geliştirilmesi niteliğindedir.

Mobil Hat Sorgulama¹⁶ sayfası, bireysel abonelerin üzerilerine kayıtlı aktif GSM numaralarını sorgulamalarını sağlamayı olanaklı hale getirmektedir. Bu uygulama ile GSM aboneleri, vatandaşlık numaraları ve GSM numaralarını kullanarak, üzerlerine kayıtlı bulunan aktif hatları web sayfası üzerinde sorgulama imkânına kavuşmaktadır. Uygulama üzerinden talebini gerçekleştiren abonenin, üzerine kayıtlı bulunan hatları görebilmesi için cep telefonuna gelen şifreyi, sayfadaki ilgili yere girmesi gerekmektedir. Böylece, kişisel bilgi kapsamına giren hat bilgilerinin başkası tarafından sorgulanmasının önüne geçilmiştir.

Mobil Hat Sorgulama Sayfası üzerinden, üzerlerine kayıtlı bulunan hatları öğrenebilen aboneler, bilgileri ve rızaları haricinde açılan hatları ilgili operatörle irtibata geçerek kapatma imkânına sahip olabilecektir. Mobil Hat Sorgulama hizmetinin internet üzerinden sunuluyor olması kullanım kolaylığını artırmakta ve daha fazla kişinin GSM hat bilgilerini bu yöntemi kullanarak öğrenebilme imkânı yaratmaktadır. Hizmet ayrıca, GSM işletmecileri nezdinde tutulan abonelik kayıtlarının da güncellenmesine önemli katkılar sağlamakta ve kimlik bilgilerinin suç amaçlı kullanımını azaltarak gerçek suçlunun yakalanması noktasında önemli katkılar yaratmaktadır.

Açık hatların hâlihazırda ortaya çıkmasındaki en büyük etkenin, işletmeciler tarafından abonelik işlemleri sırasında talep edilen belgeler arasında yer alan nüfus cüzdanı fotokopisi olduğu değerlendirilmektedir. Böylelikle, vatandaşlık numaraları sayesinde bayiler aracılığıyla tüketicilerin onayı ve bilgisi olmadan çok sayıda ön ödemeli hatlar açılmakta ve bu hatların suç amaçlı kullanılmasına zemin hazırlanmaktadır. Elektronik Haberleşme Sektöründe Tüketici Hakları Yönetmeliği'nin 15 inci maddesinde; işletmeciye anılan yönetmeliğe uygun şekilde düzenlenmiş abonelik sözleşmesinin eksiksiz tanzim edilmesi için aboneye ait vatandaşlık numarasının ve kimlik bilgilerinin muhafaza edilmesi yükümlülüğü getirilmiştir.

¹⁶ <https://hat-sorgulama.btk.gov.tr/>

22.05.2013 tarihli ve 216 sayılı BTK kararı¹⁷ ile abonelik işlemlerini gerçekleştiren bayi çalışanlarına ait ad, soyadı ve vatandaşlık numarası bilgilerinin işlemini yaptıkları abonelik sözleşmesi üzerinde yer alması uygulaması getirilmiş olup, bu durumda suistimali gerçekleştiren şahsın tespiti kolaylamış olmaktadır. Açık hatların azaltılması noktasında abonelik işlemlerinin sağlıklı ve şeffaf bir biçimde yürütülmesinin önem arz ettiği ve bu uygulamanın bireysel sorumluluğa indirgenmesi nedeniyle söz konusu suçta tevessül edecek bayii çalışanlarını caydırıcı etki yarattığı değerlendirilmektedir.

3.3. Aboneliğin Güncelleştirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar

“Aboneliğin Güncelleştirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar başlıklı düzenleme” 26.09.2012 tarih ve 453 sayılı BTK Kararı ile onaylanmıştır. Düzenlemenin temel amacı, mobil telefon hizmetlerini, kendi adlarına imzaladıkları abonelik sözleşmesi olmadan kullanan kişilerin, kullandıkları hatları kendi üzerlerine kaydettirmek amacıyla abonelik işlemlerinin gerçekleştirilmelerine imkân sağlamaktır. Söz konusu Usul ve Esaslar ayrıca, işletmeciler nezdinde tutulan abonelik kayıtlarının güncelleştirilmesi amacını da gütmektedir.

Usul ve Esaslar, 1 Ekim 2013 tarihine kadar Usul ve Esasların ekinde yer alan taahhünameyi imzalayarak kullanıcısı oldukları hatları kendi üzerlerine kaydettirmek isteyen tüketicilere vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle tabi olmaksızın işlem yapma imkânı sağlamaktadır. Eski abonelerin işleme 1 Ekim 2014 tarihine kadar itiraz hakkı mevcut olup süresinde itiraz etmeyen eski abonenin hakkı düşmektedir. Eski abonenin süresinde ve geçerli şekilde itiraz etmesi halinde hat yeniden eski abone adına kaydedilmekte ve kullanıcı ile imzalanmış olan yeni abonelik sözleşmesi feshedilmiş sayılmaktadır. Bu durumda kullanıcı ile imzalanan yeni abonelik sözleşmesinin itiraz süresinin sonuna kadar askıda kaldığı değerlendirilmektedir. İtiraz süresinin sona ermesi sonrasında kullanıcı ile imzalanan abonelik sözleşmesi her yönüyle geçerlilik kazanmaktadır.

Bu düzenleme yukarıda bahsedilen, iyi niyetle ve uzun süredir bir açık hattın kullanıcısı olan kişilere hattı üzerlerine kaydettirmeleri için bir imkân tanımaktadır. Zira, bu kişiler hattın sahibini tanımadıkları için devir işlemini gerçekleştirememektedirler. Bu durum da açık hatlar konusunda farklı bir açıdan tüketici mağduriyeti oluşturmaktadır. Usul ve Esaslar, bu koşullara sahip kullanıcılara hattın sahibini tanımasalar da hatta ilişkin geçmiş borç

¹⁷ http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/kurul_kararlari_list.php

ve tüm yükümlülükleri kabul ettiğini taahhüt etmeleri halinde kendi adlarına abonelik sözleşmesi imzalama hakkı tanımaktadır. Kullanıcı, hattın eski abonesinin itiraz etmesi halinde abonelik sözleşmesinin feshedileceğini ve bu işleme itiraz etmeyeceğini de kabul ettiğini beyan etmektedir.

Usul ve Esaslarda dikkati çeken bir diğer husus da kurumsal abone/ bireysel abone ayrımı yapılmamış olduğudur. Başka bir ifade ile hattın eski sahibi bireysel abone de olsa kurumsal abone de olsa kullanıcı gerekli şartları sağlamak kaydı ile hattı üzerine alabilecektir. Bununla birlikte Usul ve Esaslar 5 inci maddesinde eski abonenin itirazını gerçek kişi aboneler ve tüzel kişi aboneler bakımından farklı düzenlemiştir. Söz konusu maddede; “... gerçek kişi eski aboneler itirazlarını T.C. kimlik numaraları ile resmi kimlik belgelerini ibraz etmek suretiyle yazılı dilekçe ile gerçekleştirirler, tüzel kişi eski aboneler itirazlarını vergi levhasını ibraz etmek suretiyle yazılı dilekçe ile gerçekleştirirler...” düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme, itiraz hakkını her iki durumda da eski aboneye tanımakta olup itirazın yazılı şekilde yapılacağını hüküm altına almaktadır. Ancak tüzel kişi aboneler itirazlarını vergi levhalarını ibraz etmek suretiyle, gerçek kişi aboneler ise vatandaşlık numaraları ve resmi kimlik belgelerini ibraz etmek suretiyle gerçekleştirebileceklerdir. Madde hükmünde ‘ibraz’dan bahsedildiği için söz konusu belgelerin bir suretinin alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Yazılı şekilde yapılacak itiraz başvurusu ilgili işletmecinin bayilerine yapılabileceği gibi genel müdürlüğüne de yapılabilir. Başvurunun şahsen yapılması gerekmektedir. İtiraz durumunda hat eski kullanıcıya iade edileceğinden yeni kullanıcı ile yapılmış olan abonelik sözleşmesi hattın eski abone adına yeniden kaydedilmesi ile feshedilmiş sayılacaktır. Hattın bu sebeple feshine kadar oluşan tüm borç ve yükümlülükler kullanıcıda kalacaktır. Daha açık bir ifade ile eski abone sadece hattın kendisini her türlü sorumluluktan arı olarak geri alacaktır.

Usul ve Esaslar’ın 6 ncı maddesinde yer alan, “işletmeciler gerekli kontrol sistemini oluşturmak suretiyle eksik ya da hatalı bilgiyi haiz aboneleri tespit etmek, aynı abone adına makul düzeyin üzerinde çok sayıda abonelik kaydının önlenmesi amacıyla bayilerini denetlemek, gereken yaptırımları bayilerine uygulamak ve suistimalin olduğuna kanaat getirmesi halinde hatların kapatılması dahil gerekli tedbirleri almak ve Kurumu bilgilendirmekle yükümlüdür...” hükmü İşletmecilere konuya ilişkin geniş yetki tanımaktadır. Bu hükmün yukarıda ifade edilen, Tüketici Hakları Yönetmeliği’nin 15 nci maddesinde yer alan, işletmecilerin abonelik sözleşmelerinin tanzimi

esnasında gerekli belgelerin eksiksizliğinin ve doğruluğunu kontrol ederek, gerekli teyit işlemini yapması sonrasında hattın kullanıma açılacağı ve bu bilgilerin doğruluğu onaylanmaksızın açılan hat ile ilgili her türlü sorumluluğun işletmeciye ait olacağını hükme bağlayan düzenlemenin bir tamamlayıcısı olduğu düşünülebilir. Usul ve Esaslar bu hükmünde işletmecilere, eğer eksik ve hatalı bilgi ile açılmış abonelikler varsa veya bir abone adına makul düzeyin üzerinde hat açılmışsa bu durumu inceleme altına alma ve gerekirse hatları kapatma ile yükümlülüğü getirmektedir. Hüküm bu noktada “makul düzeyin üzerinde çok sayıda” ifadesi ile bir hat sayısı belirtmemiş olup ‘suistimalin olduğuna kanaat getirmeye yetecek düzeyde aynı abone adına hat açılması’ durumlarına işaret edilmiştir. İşletmeci bu tip durumlarda bayilerini ve satış kanallarını denetlemek ve gerekli tedbirleri almak ile yükümlü kılınmıştır. Zira GSM işletmecileri, hizmetin sunumuna ilişkin BTK ile imzaladıkları imtiyaz sözleşmesi hükümleri gereğince, sunmakta olduğu hizmeti abonelerine ulaştırırken çalıştığı tüm bayilerinin ve alt-bayilerinin iş ve eylemlerinden sorumludur. Başka bir deyişle, imtiyaz sözleşmesi hükümleri gereği GSM işletmecileri, şirket olarak sorumluluk altında olup bayi ve alt-bayileri ile burada çalışan personelin iş ve eylemlerinin mevzuata uygunluğundan sorumludur. Bu nedenle işletmeciler, bu birimleri eğitmek, faaliyetlerini denetlemek ve gereken tedbirleri almak ile yükümlüdür. BTK ise imtiyaz sözleşmesi ile GSM işletmecilerine gördürülen kamu hizmetinin asli sahibi olarak söz konusu işletmecileri denetleyebilir veya denetletebilir.

Usul ve Esasların 6 ncı maddesinde geçen ‘gerekli tedbirlerin alınması’ yoruma muhtaç bir ifade olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum aslında konunun somut olay bazında değerlendirilmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Gerekli tedbirlerin alınması; suistimale ilişkin durumun bayi kaynaklı olduğunun tespit edildiği durumlarda, işlemi yapan bayiye, bayilik sözleşmesi gereği uyarı, para cezasının veya kapatma dahil yaptırım işleminin uygulanması olabileceği gibi söz konusu bayinin açık hat satışı yaptığının ilan edilmesi ve diğer işletmecileri bildirilmesi şeklinde de olabilir. Suistimale ilişkin durumun gerçek kişi kaynaklı olduğunun anlaşıldığı durumlarda ise hatların kapatılması ve söz konusu kişinin savcılığa sahte belge düzenlemek nedeniyle ihbar edilmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada hattı açan gerçek kişinin tespitinin kolaylıkla mümkün olmadığı dikkate alındığında işletmecinin açık hat şüphesi taşıyan çok sayıda hat olduğunu tespit ettiği durumlarda öncelikle alacağı tedbir bu hatların askıya alınması ve akabinde kapatılması şeklinde gerçekleşmelidir. Zira açık hattın suç amaçlı kullanımı

söz konusu olduğunda en önemli husus bu hattı kimin açtığına tespiti değil, öncelikle bu hattın suç amaçlı kullanımının önüne geçilmesinin olduğu değerlendirilmektedir. Açık hattın kim tarafından açıldığına tespiti idari ve adli bir süreç gerektirmekte olup, bu tespit o hat kapatılmış olduktan sonra da yapılabilecektir. Bu anlamda şüpheli hatların askıya alınmasının ve/veya kapatılmasının madde hükmünde ifadesini bulan ‘alınması gerekli tedbirler’ arasında en önceliklisi olduğu düşünülmektedir.

3.4. İdari Yaptırımlar

Açık hatlara ilişkin abone mağduriyetlerinin yaşanmamasını teminen ön araştırma ve soruşturma süreçlerinin tamamlanması akabinde, konuya ilişkin 552 sayılı BTK Kararı başta olmak üzere ilgili mevzuata aykırı davranan GSM işletmecilerine 21.03.2012 tarih ve 125 sayılı BTK Kararı ile idari yaptırım uygulanmıştır.

125 sayılı BTK Kararı¹⁸ kapsamında, Telekomünikasyon Kurumu Tarafından İşletmecilere Uygulanacak İdari Para Cezaları ile Diğer Müeyyide ve Tedbirler Hakkında Yönetmeliğin, “*Aşağıda belirtilen hallerde, işletmecinin bir önceki takvim yılındaki cirosunun % 2’sine (yüzde iki) kadar idari para cezası uygulanır.*

a) İşletmecinin, tüketici haklarına ilişkin kurum düzenlemeleri ve yetki belgesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi...” hükmünü içeren 11 inci maddesinin (a) bendi uyarınca Turkcell İletişim Hizmetleri AŞ’ne 2010 yılı cirosunun % 0,1’i (binde bir) oranında, Avea İletişim Hizmetleri AŞ’ne 2010 yılı cirosunun % 0,1’i (binde biri), Vodafone Telekomünikasyon AŞ’ne 2010 yılı cirosunun % 0,08’i (onbinde sekiz) oranında idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir. Söz konusu idari para cezaları BTK tarafından tahsil edilmiştir.

Avea ve Vodafone 125 sayılı BTK Kararını hukuka aykırılık iddiası nedeniyle idari yargı mercilerinde dava konusu etmiş ve iptalini talep etmiştir. Söz konusu işletmeciler söz konusu davalarda temel olarak abone mağduriyetinin gerçekleşmediğini ve bu nedenle idari yaptırım uygulanmasına gerek olmadığını, gerekli tedbirlerin şirketleri tarafından alındığını iddia etmişlerdir. Bu davalar hakkında yürütmenin durdurulması talepleri reddolunmuş olup, davalar idari yargı mercilerinde görülmeye devam etmektedir. Turkcell tarafından söz konusu idari işlem aleyhine iptal davası açılmamıştır.

¹⁸ http://www.btk.gov.tr/mevzuat/kurul_kararlari/kurul_kararlari_list.php

3.5. Düzenleyici Kararların Etkileri

Açık hatlara ilişkin alınan düzenleyici kararlar temel olarak açık hat açılmasının önüne geçilmesi ve abonelik kayıtlarının güncellenmesi amaçlarına hizmet etmektedir. Bu kararların uygulanması işletmecilerin bayi sistemlerinde bazı değişikliklerin yapılmasını gerektirmiş ve bayi bilgilendirmeleri ve denetimlerinin sıklaşmasına da neden olmuştur. Bu türden işletmeci uygulamalarının hayata geçirilmesi, abonelik sözleşmesi yapılırken oluşabilecek suistimallerin en aza indirilmesi açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir.

Açık hatlara ilişkin olarak alınan ilk düzenleyici karar özelliğini taşıyan 552 sayılı BTK Kararı ön-ödemeli hat sayısına üst sınır getirmesi dolayısıyla, bir kişi adına açılacak hat sayısı için yasaklayıcı bir hüküm bulunmamasından dolayı oluşan çoklu açık hat açılması ve satışa sunulması uygulamasını büyük ölçüde engellemiştir. Bu düzenleyici kararın uygulanmaya başlandığı 2010 yılı sonrasında yeni açık hat açılması ve piyasaya sürülmesi pek mümkün olmamakla birlikte 2009 yılı ve öncesinde açılmış olan açık hatlar varlıklarını devam ettirmiş ve el değiştirmişlerdir.

Mobil hat sorgulama sisteminin yürürlüğe girmesi ile tüketici farkındalığı artırılmış ve aboneler kendi üzerlerine açılmış olan açık hatların varlığını öğrenmeleri akabinde bu hatların kapatılmasını sağlama olanağına kavuşmuşlardır. Bu uygulama sayesinde varlığını devam ettiren ve büyük ölçüde 2009 yılı ve öncesinde açılmış olan açık hatların da kapatılması mümkün olmuştur. Mobil hat sorgulama sisteminin kullanıma açılmasından itibaren ilk hafta içerisinde 313 bin kişi başvurarak hat sorgulaması gerçekleştirmiştir. Sorgulama sonucunda, bir kişinin üzerine kendi bilgisi ve rızası haricinde 265 adet ön-ödemeli hat açıldığı ve bu hatların başkaları tarafından kullanıldığı anlaşılmıştır. Mobil hat sorgulama sistemi sayesinde 1800 kişi adlarına 10 adetten fazla hat açıldığını öğrenirken, 12 binden fazla kişinin üzerinde bilgisi ve rızası dışında 5 ayrı hattın kayıtlı olduğu belirlenmiştir.

Aboneliğin Güncelleştirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar kapsamında, bir başkasına ait hattı kullanan kişiler taahhütname imzalayarak bu hatlara dair kendi adlarına abonelik sözleşmesi imzalama imkanına kavuşmuşlardır. 30/04/2013 tarihi itibarıyla söz konusu uygulamadan faydalanarak kullandıkları hatları üzerine alan tüketici sayısı 446.524'e ulaşmıştır¹⁹. Usul ve Esaslar ile tanınan imkan 2013 yılı Ekim ayına kadar devam edeceğinden kullandığı hattı üzerine alan kişilerin sayısının artacağı değerlendirilmektedir.

¹⁹ <https://tuketici.btk.gov.tr/haber/?id=86>

4. SONUÇ

Elektronik haberleşme sektöründe kişilerin bilgileri ve rızaları dışında kimlik bilgileri suistimal edilerek adlarına açılan ve satışa sunulan ön-ödemeli hatlar olarak tanımlanabilen açık hatların suç amaçlı kullanımı halinde hattın abonesi olarak görünen kişi hatla ilişkilendirilebilecek her türlü eylemden sorumlu tutulmakta ve zarar görmektedir. Açık hatların suç amaçlı kullanımı toplum ve kamu güvenliği açısından da suçlunun takibi ve suçun tespitinin olanaksızlaşması nedeniyle bazı sorunlar yaratmaktadır.

Açık hatlara ilişkin düzenleyici kararlar hat sayısına getirilen üst sınır uygulamaları ile açık hat sayısının azaltılmasına katkı sağlamıştır. Kişilerin üzerlerine kayıtlı hatları sorgulamasına imkân veren mobil hat sorgulama hizmeti ise tüketicilerin tanımadıkları hatlardan haberdar olmaları ve bu hatları kapatmalarına imkan vererek mağduriyetlerin önüne geçmektedir. Aboneliğin Güncelleştirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar başlıklı düzenleme ise, kullanıcılara kullandıkları hatlara ilişkin kendi adlarına abonelik sözleşmesi imzalamalarını olanaklı kılarak abonelik kayıtlarının yenilenmesine faydalı olmaktadır. Konuya ilişkin yapılan düzenlemelerin, ön-ödemeli bireysel hat sayısına üst sınır getiren 552 sayılı BTK kararı başta olmak üzere, abonelik kayıtlarının yenilenmesi olanağını sağlayan “Aboneliğin Güncelleştirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar”ın, abonelik sözleşmelerini gerçekleştiren bayi çalışanı bilgilerinin elde edilmesi ve kayıt altına alınması içeren 216 sayılı BTK kararının ve 02.01.2013 tarihinde BTK tarafından GSM işletmecilerinin işbirliği ile hayata geçirilen Mobil Hat Sorgulama Hizmetinin “açık hatlar” sorununun ortadan kaldırılması yönünde elektronik haberleşme sektöründe atılan en önemli adımlar olduğu değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- ASLAN İsmail Yılmaz. Tüketici Hukuku, b.3, Bursa 2006.
- BAŞALP Nilgün. Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, b.1, Ankara 2004.
- Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Türkiye Elektronik Haberleşme Sektörü Üç Aylık Pazar Verileri, 2013 Yılı 1. Çeyrek Raporu.
- ERDOĞAN Yavuz. Türk Ceza Kanununda Bilişim Suçları, b.1, İstanbul 2012.
- KARAGÜLMEZ Ali. Bilişim Suçları ve Soruşturma Kovuşturma Evreleri, b.1, Ankara 2005.
- ÖZDEMİR Hayrunisa. Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, b.1, Ankara 2009.
- PARLAR Ali. Açıklamalı İçtihatlı Kabahatler Kanunu, b.1, Ankara 2012.
- TAŞKIN Şaban Cankat. Bilişim Suçları, b.1, Bursa 2008.

BOŞ