

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 15

Sayı: 2

Yıl: 2007



SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN: 1306-8075

Sahibi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Mehmet AYAN (Dekan)

Editörler (Editors)

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM
Yrd. Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Arş. Gör. Mustafa ARIKAN

Yayın Kurulu (Editorial Board)

Prof. Dr. Mehmet AYAN	Prof. Dr. Şahin AKINCI
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Doç. Dr. M. Fatih UŞAN
Prof. Dr. Sami KARAHAAN	Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERCAN
Prof. Dr. Ömer ULUKAPI	Yrd. Doç. Dr. Faruk BİLİR

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board)

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Zehra ODYAKMAZ (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Fahrettin ARAL (Ankara Ü.)	Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)	Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Ejder YILMAZ (Ankara Ü.)

Haberleşme Adresi (Communication Address)

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**
Tel: 0332 241 00 45 Fax: 0332 241 01 05
<http://www.hukuk.selcuk.edu.tr>

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2000 yılından itibaren hakemli dergi olarak yayınlanmaktadır. Dergimiz yılda iki sayı halinde yayımlanmaktadır. Dergimizde yayınlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir.

Yayın şartları dergimizin son sayfasında ver almaktadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ AKADEMİK HAKEM HEYETİ LİSTESİ*

ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

Prof. Dr. Şahin Akıncı	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gökhan Antalya	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fahrettin Aral	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Ayan	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İhsan Erdoğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fikret Eren	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kudret Güven	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ayşe Havutçu	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Çiğdem Kırca	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cengiz Koçhisarlıoğlu	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilge Öztan	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet Ünal	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zafer Zeytin	(Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Murat Doğan	(Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Kürşat Turanboy	(Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Süleyman Yalman	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Sabih Arkan	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Adil Atasoy	(Osmangazi Üniv. İİBF, Eskişehir)
Prof. Dr. Rıza Ayhan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yadiğar İzmirli	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Sami Karahan	(İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İsmail Kırca	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fırat Öztan	(Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Asuman Turanboy	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Vahit Doğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cemal Şanlı	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Turgut Turhan	(Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Roma Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Özcan Çelebican	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Arzu Oğuz	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

* Hakemler, soyadlarına göre alfabetik olarak sıralanmıştır.

Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nadi Günel (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Ramazan Arslan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Oğuz Atalay (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Süha Tanrıver (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Erdal Tercan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Ulukapı (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ejder Yılmaz (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Kadir Arıcı (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Haluk Hadi Sümer (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ali Nazım Sözer (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Adnan Tuğ (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Fatih Uşan (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ

Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Yavuz Atar (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Erdoğan (Hacettepe Üniversitesi İİBF)
Prof. Dr. Hayati Hazır (Gazi Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. Erdal Onar (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Atilla Özer (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hasan Tunç (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

İdare Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Tayfun Akgüner (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zehredin Aslan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cevdet Atay (Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Halil Kalabalık (Sakarya Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. İl Han Özay (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Yıldızhan Yayla (İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ramazan Yıldırım (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Turan Yıldırım (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Aydın Gülan (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cemil Kaya (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Enver Bozkurt (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Şaban Çalış (Selçuk Üniversitesi İİBF)
Doç. Dr. Akif Kütükü (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Türk Hukuk Tarihi

Prof. Dr. S. Gül Akyılmaz	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mustafa Avcı	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Gülnihal Bozkurt	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Halil Cin	(Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci	(Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ahmet Mumcu	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Hakan Hakeri	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Kayıhan İçel	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İzzet Özgenç	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Bahri Öztürk	(İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Doğan Soyaslan	(Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Cumhuri Şahin	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Durmuş Tezcan	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Adem Sözüer	(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz	(Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Niyazi Öktem	(Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ali Şafak Balı	(Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ	(Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. İlyas Doğan	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Mustafa Yıldız	(Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Vergi Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Yusuf Karakoç	(Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Mustafa Akkaya	(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

EKONOMİ – MALİYE BÖLÜMÜ

Prof. Dr. Serdar Altınok	(Selçuk Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. F. Rifat Ortaç	(Gazi Üniversitesi İİBF.)
Prof. Dr. Selahattin Sarı	(Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Hilmi Zengin	(Karadeniz Teknik Üniversitesi İİBF.)

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

ÖZEL HUKUK

KİRA KONUSU TAŞINMAZIN İHTİYAÇ NEDENİYLE
TAHLİYE ETTİRİLMESİ11

Dr. Nurşen AYAN

1980 TARİHLİ MALLARIN ULUSLARARASI SATIŞINA
İLİŞKİN VİYANA KONVANSİYONU'NDA AYIBA KARŞI
TEKEFFÜL25

Dr. Hakan ACAR

İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN TEK TARAFLI HUKUKİ
İŞLEMLER VE ÖZELLİKLE ELEKTRONİK VASİYETNAME 51

Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ

AB ve TÜRK MEVZUATI AÇISINDAN ERİŞİM VE
ARABAĞLANTI SÖZLEŞMELERİ93

Mehmet Bilal ÜNVER

KAMU HUKUKU

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA
TÜRKİYE'DE İŞKENCE VE İNSANLIK DIŞI MUAMELE145

Yrd. Doç. Dr. Sabahattin NAL

ALMANYA'DA İDARİ YARGI TEŞKİLATI185

Yrd. Doç. Dr. Bülent KENT

2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM KANUNU'NUN 35.
MADDESİNİN GETİRDİĞİ DÜZENLEME VE BU
DÜZENLEMENİN UYGULANMASINDAN DOĞAN
SORUNLAR.....215

Dr. M. Savaş BAYINDIR

Makaleler

Özel Hukuk

KİRA KONUSU TAŞINMAZIN İHTİYAÇ NEDENİYLE TAHLİYE ETTİRİLMESİ

Dr. Nurşen AYAN*

ÖZET

Kira sözleşmesi esas itibariyle Borçlar Kanunu m. 248–298 arasında düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 248–269. maddeleri adi kiraya, 270–295.maddeleri hâsılat kirasına ilişkindir. Ayrıca bazı taşınmaz kiralaları için de 6570 sayılı Kanun uygulanır.

Kira sözleşmesi çeşitli nedenlerle sona erebilir. Bu çalışmada, 6570 sayılı Kanunun öngördüğü sona erme sebeplerinden biri olan, kiralayanın ihtiyaç iddiasında bulunarak kira konusu taşınmazı tahliye ettirmesi ele alınmıştır.

İhtiyaç nedeni ile tahliye, 6570 sayılı Kanunun 7. maddesinin b, c ve d bentlerinde düzenlenmiştir. "Kira sözleşmesi kurulurken malik olunan bir taşınmazın tahliye ettirilmesi" ve "mülkiyeti daha sonra kazanılan bir taşınmazın tahliye ettirilmesi" şeklinde ikili bir ayırım yapılmıştır.

İlk ihtimalde; kiralayanın, taşınmazı kendisi veya eşi veya çocukları için mesken olarak kullanma ihtiyacında kalırsa kira akdinin sonunda tahliye davası açabileceği kabul edilir. Ancak ihtiyaç iddiasının gerçek olması gerekir. Kiralayan, sadece "mesken" ihtiyacından değil, yine kendisinin veya eşinin veya çocuklarının bir meslek veya sanatı icra etmesi içinde taşınmazın tahliyesini isteyebilir.

Mülkiyeti daha sonra kazanılan bir taşınmazın tahliye ettirilmesi hususunda anlatılmak istenen, başkası tarafından kiralanmış bir taşınmazın mülkiyetini kazanan üçüncü kişinin, ihtiyaç iddiasında bulunarak tahliye isteminde bulunabileceğidir. 2005 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısının 357. maddesi ihtiyaç nedeniyle tahliye isteyebilecek olanların sayısını bu ihtimalde genişletmiştir. Yani kişinin kendisi, eşi, altsoyu ve kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler ihtiyaç nedeniyle dava açabileceklerdir.

6570 sayılı Kanun m.7/1, b ve c ye dayandırılacak bir tahliye davası kira süresinin bitiminde açılabilir. Belirsiz süreli kira sözleşmesinde ise fesih sürelerine uymak gerekir.

Yeni malik ise m.7/I.d hükmüne dayanarak taşınmazı tahliye ettirmek istiyorsa mülkiyeti kazandığı tarihten itibaren bir ay içinde ihtarname

* S. Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

göndermek ve yine kazanma tarihinden itibaren hesaplanacak altı aydan sonrada dava açmak zorundadır.

ANAHTAR KELİMELER: kira sözleşmesi, tahliye, ihtiyaç, mesken ihtiyacı, işyeri ihtiyacı.

ABSTRACT

“Lease agreement” has been essentially mentioned between the 248th and 298th articles of Turkish Code of Obligations. The 248-269 articles of the code are related to ordinary leasing, while the 270-295 ones are about lease of revenue. Besides, Law No.6570 has legality for certain real estate leasing.

The lease agreement may end by several reasons. In this study, surrender of leasehold estate by reason of leasers’ self need is mentioned that has been predicted as an ending reason of leasing by the Law no.6570.

Surrender of leasehold estate by reason of leasers’ need has been mentioned in the b, c and sub clauses by 7th articles of the Law No.6570. There is a dual difference (dilemma) between two choices as “surrendering of the leasehold estate that owned afterwards (while the agreement continuing)”.

In the first case, if the leaser need to use this real estate as a home for self, for marital partner (wife/husband) or children, it has been accepted that he/she can sue for eviction on expiration of the lease. But the state of need must be actually existed. As well as, not only for home need, the leaser may also want eviction by reason of business place of a profession for self, for martial partner (wife/husband) or children.

In the case of surrendering of the leasehold estate that owned afterwards, the implied fact is that; when the ownership of the real estate change hands afterwards first owners’ leasing it to someone, then the new owner has the benefit of suing for eviction by reason of need. In this case, by the 357th clause in the bill of parliament of “The Code Of Obligations” dated 2005, the number of authorized people who can sue for eviction, is enlarged. The new owner him/herself, marital partner (wife/husband), descendants and near relatives those he/she is statutorily obliged for taking care of, can sue for eviction.

A discharge case which is based on the Law No.6570’s 7/I, b and c sub clauses can be sued at the end of the lease period. And ollas dismissal notices of cancellation must be obeyed as regards as general tenancies.

If the new owner wants to make eviction according to 7/I.d sub clauses, he/she must send a warning letter as from getting ownership date and must sue after 6 months likewise as from getting ownership date.

KEYWORDS: lease agreement, evacuation, need, home need, business place need.

I- GİRİŞ

Kira sözleşmesi esas itibariyle Borçlar Kanununun 248 – 298. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 248 - 269. maddeleri adi kiraya, 270 - 295. maddeleri hasılat kirasına ilişkindir. 296-299. maddelerin düzenleme konusu ise hayvan kirasıdır. Ancak, kanunkoyucu, bazı taşınmaz kiralaları için 1.6.1955 tarih ve 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'u yürürlüğe sokmuştur. Çoğu zaman "Kira Kanunu" şeklinde kısaltılarak da ifade edilen söz konusu Kanunun 1. maddesine göre, "*Belediye teşkilatı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin (musakkaf olmayanları hariç) kiralanmalarında kiralayana kiracı arasındaki hukuki münasebetlerde bu kanun ile Borçlar Kanununun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri tatbik olunur*". Yani, kapsamı içine giren taşınmaz kiralalarına öncelikle 6570 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Emredici nitelik taşıdıkları için, bu hükümlerin aksine anlaşma yapmak mümkün olmaz. 2005 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlanırken, 6570 sayılı Kanunun öngördüğü tahliye nedenleri de hükümler arasına dahil edilmiştir. Tasarı kanunlaşma şansı bulursa, 6570 sayılı Kanuna gerek kalmayacaktır. Ne var ki, Tasarının "*Yürürlükten kaldırılan Kanun*" başlığını taşıyan 648. maddesinde 22.4.1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiş, ama 6570 sayılı Kanundan söz edilmemiştir.

Borçlar Kanununun 248. maddesine göre, "*Âdi kira bir akittir ki kiralayana, onunla kiracıya ücret mukabilinde bir şeyin kullanılmasını terk etmeyi iltizam eder*". Benzer bir tanımlama Borçlar Kanununun 270. maddesinin birinci fıkrasında hasılat kirası için yapılmıştır. Buna göre, "*Hasılat kirası bir akittir ki, onunla kiralayana, kiracıya ücret mukabilinde hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerin iktifatını terk etmeyi iltizam eder*". 2005 tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, tanımları sadeleştirmiştir. Tasarının 303. maddesine göre, "*Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendikleri bir sözleşmedir*". Tasarının 363. maddesine göreyse, "*Ürün kirası, kiraya verenin kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir*".

Kira sözleşmesi çeşitli nedenlerle sona erebilir. İ kale, kiracı ve kiralayana sıfatlarının birleşmesi, kira konusu şeyin yok olması gibi genel sebepler burada da geçerlidir. Bunların dışında, mevcut bir kira sözleşmesinin sona ermesi, hem Borçlar Kanununda hem de 6570 sayılı Kanunda

düzenlenmiştir. Bu nedenle, kira sözleşmesinin sona ermesi incelenirken, genellikle, *Borçlar Kanununa göre sona erme sebepleri* ve *6570 sayılı Kanuna göre sona erme sebepleri* şeklinde ikili bir ayırım yapılır. Şüphesiz, kapsamı içindeki taşınmaz kiralalarında öncelikle 6570 sayılı Kanunun öngördüğü sona erme sebepleri etkili olur.

Borçlar Kanununa göre, mevcut bir kira sözleşmesi, sürenin dolması (BK.m.263, 287), genel nitelikli fesih ihbarında bulunulması (BK.m.262, 285), önemli sebepler (BK.m.264, 286), akde muhalefet (BK.m.249-250, 256/II, 260, 272, 288, 289), kiracının iflâsı (BK.m.261, 290) veya ölümü (BB.m.265, 291) gibi özel nedenlere dayanılarak feshedilmesi durumunda sona erer. 6570 sayılı Kanunun öngördüğü sona erme sebepleri, kiralayan veya kiracı açısından ortaya çıkabilir. *Kiralayana ilişkin sebepler* ihtiyaç iddiası (m.7/I,c, d) ile yeniden imar ve inşadır (m.7/I,ç). *Kiracıya ilişkin sebepler* ise, yazılı tahliye taahhüdü (m.7/I,a), aynı şehir veya belediye sınırları içinde konut sahibi olma (m.7/II), iki haklı ihtar (m.7/I,e) ve alt kira (m.12) şeklindedir.

Bu çalışmada, kiralayanın ihtiyaç iddiasında bulunarak kira konusu taşınmazı tahliye ettirmesi ele alınacaktır. İnceleme yapılırken, hâlen yürürlükteki düzenlemelerle birlikte 2005 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısının 353 ve 357. maddeleri de değerlendirilecektir.

İhtiyaç nedeniyle tahliye, 6570 sayılı Kanunun 7. maddesinin b, c, ve d bentlerinde düzenlenmiştir. Düzenleme yapılırken, “*kira sözleşmesi kurulurken malik olunan bir taşınmazın tahliye ettirilmesi*” ve “*mülkiyeti daha sonra kazanılan bir taşınmazın tahliye ettirilmesi*” şeklinde ikili bir ayırım yapılmıştır.

II- KİRA SÖZLEŞMESİ KURULURKEN MALİK OLUNAN BİR TAŞINMAZIN TAHLİYE ETTİRİLMESİ

A) MESKEN İHTİYACI NEDENİYLE TAHLİYE

6570 sayılı Kanunun 7/I,b maddesine göre, “*kiralayan, gayrimenkulü kendisi veya eşi veya çocukları için mesken olarak kullanma ihtiyacında kalırsa kira akdinin hitamında tahliye dâvası açabilir*”. Bunun için kiracının sözleşme şartlarına aykırı davranması gerekmez. Kiracı, sözleşmede öngörülmüş şartlara uygun davranırsa bile, kiralayan, ihtiyaç iddiasıyla taşınmazın tahliyesini isteyebilir¹.

6570 sayılı Kanunun 7/I,b maddesinde, taşınmazın “*mesken*” olarak kullanma ihtiyacı nedeniyle tahliye ettirilmesinden söz edilmektedir. Ancak, buradaki “*mesken*” sözcüğünün “*yerleşim yeri (ikametgâh)*” şeklinde anlaşılmasının gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre,

¹ **ZEVKLİLER**, Aydın, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Baskı, Ankara 2004, s.255.

maddede geçen mesken sözcüğü yerleşim yeri (ikametgâh) şeklinde anlaşılmalıdır. Bu nedenle, geçici olarak oturma ihtiyacı için 6570 sayılı Kanunun öngördüğü tahliye nedenlerinden yararlanılamaz². İkinci görüşe göreyse, 6570 sayılı Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde sözü edilen mesken terimi sürekli yerleşmek maksadıyla oturulan yeri (yerleşim yerini – ikametgâhı) ifade etmez. Sürekli oturma (yerleşme) niyeti bulunmasa bile, belirli bir süreklilik taşıması kaydıyla geçici oturma ihtiyaçları için de tahliye dâvası açılabilir³. Tasarının 356. maddesinde de, öğretide yapılmış bu tartışmaya rağmen, “*yerleşim yeri*” terimi değil, “*konut*” terimi tercih edilmiştir.

Mesken ihtiyacı iddiasıyla tahliyesi istenen yerin de mutlaka mesken olması gerekmez. Diğer şartlar mevcut olmak kaydıyla, mesken ihtiyacını karşılamak için işyerinin tahliyesi de istenebilir⁴.

6570 sayılı Kanunun 7/I,b maddesinde açıkça belirtilmemiş ise de, dürüstlük kuralının (MK.m.2) bir gereği olarak hem öğreti hem uygulama tarafından ittifakla kabul edilen bir şarta göre, ihtiyaç iddiasının samimî (gerçek) olması lâzımdır. Samimî (gerçek) olmayan bir ihtiyaç iddiası taşınmazın tahliyesine imkân vermez⁵. Uygulamada, kiralayanın kendisinin kirada oturması; kiralayanın sağlık durumunun kiraladığı konuta geçmeyi gerektirmesi; kiralayanın oturduğu yerin onun konut ihtiyacını karşılayamaması; memur olan kiralayanın evinin bulunduğu şehre atanması veya emekli olup oraya yerleşmek istemesi; kiralayanın halen oturmakta olduğu yerin yönetim giderlerini karşılayamaması; kiralayanın eşinin boşanma dâvası devam ederken ayrı konutta yaşamak istemesi; kiralayanın çocuğunun evlenmesi, öğrenimi veya başka bir neden yüzünden ayrı evde oturmasının gerekmesi gibi durumlarda meskene olan ihtiyaç iddiasının samimî olduğu kabul edilmektedir⁶. Buna karşılık, kiralayanın

² **ERZURUMLUOĞLU**, Erzan, Türk Hukukunda Kira sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 1973, s.54; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C.2, Özel Borç İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul 1977, s.619-620.

³ **TANDOĞAN**, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/2, 3. Baskı, Ankara 1985, s.241-242; **FEYZİOĞLU**, Feyzi N., Borçlar Hukuku, 2. Kısım (Akdin Muhtelif Nevileri), C.1, 4. Baskı, İstanbul 1980, s.627; **HATEMİ**, Hüseyin / **SEROZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s.212-213.

⁴ **TANDOĞAN**, 256.

⁵ **TUNÇOMAĞ**, 627-628; **ZEVKLİLER**, 255.

⁶ Bkz., **ERZURUMLUOĞLU**, 54 vd.; **TUNÇOMAĞ**, 620 vd.; **FEYZİOĞLU**, 628 vd.; **ZEVKLİLER**, 267-268; **TANDOĞAN**, 244 vd.; **YAVUZ**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 1997, s.326 vd..

ihtiyaçlarına cevap verebilecek nitelikte boş bir dairesi varken orayı kiraya verip diğeri için tahliye dâvası açması; kiralanan yerin sadece bir kısmına ihtiyacı bulunan kiralayanın kiralananın tamamının tahliyesini istemiş olması; sırf kira bedelini artırabilmek için tahliye dâvası açılması; ihtiyaç sebebi olarak gösterilen hastalığın kira sözleşmesinin yapıldığı tarihten önce de mevcut bulunması⁷; halen kullanmakta olduğu yeri kiracısına vermek istememesi gibi durumlarda ihtiyaç iddiası samimî değildir⁸. Hâkim, ihtiyaç iddiasının samimî olup olmadığını dürüstlük kuralını (MK.m.2) göz önünde tutmak suretiyle her olay için ayrıca takdir eder (MK.m.4).

6570 sayılı Kanun m.7/I,b, II, kendisi için tahliye isteminde bulunulabilecek kişileri de sınırlamıştır. Bunlar, *kiralayan* veya *taşınmazın mülkiyetini yeni kazanan malik* ile bunların eşi ve çocuklarıdır.

6570 sayılı Kanun m.7/I,b, ihtiyaç iddiasıyla taşınmazın tahliyesini isteyebilecek kişileri sayarken, birinci sırada “*kiralayan*”dan söz etmiştir. Günlük hayatta, kiralayan, genellikle taşınmazın malikidir. Ancak, hukuk düzeni kiralayanın kira konusu taşınmazın maliki olmasını şart koşmadığı için, taşınmazın maliki dışındaki kişilerin de bir kira sözleşmesinde kiralayan sıfatıyla yer almaları mümkündür⁹. Bu nedenle, intifa hakkı sahibi kiralayan ile alt kirada birinci kiracı dahi ihtiyaç iddiasında bulunarak tahliye dâvası açabilir¹⁰. Yargıtay’a göre, kiralayan durumunda olmayan malikin de söz konusu hükümler çerçevesinde tahliye dâvası açması mümkündür¹¹.

⁷ HGK. 26.12.1979, E.1979/6 K.1979/1653 (İKİD., 1980, S.231, s.7548-7549).

⁸ Bkz., **FEYZİOĞLU**, 632 vd..

⁹ 6.HD. 14.10.1999, E.1999/7944 K.1999/8029 (YKD., C.26, S.1, 2000, s.40-41).

¹⁰ **TANDOĞAN**, 242.

¹¹ Bkz., 6.HD. 21.3.2000, E.2000/2232 K.2000/2364, “... 6570 sayılı Kanunun 7/b-c-ç maddeleri uyarınca açılacak davalarda dava hakkı kiralayana aittir. Davalı davacının kiralayan sıfatına karşı çıkarsa bunu davacının ispat etmesi gerekir. Kiralayanın dava hakkı mutlak olup malik olma şartı yoktur. Kiralayan durumunda olmayan malikin de bu davaları açabileceği içtihaden kabul edilmiştir. Ancak kiralanan müşterek mülkiyete konu ise pay ve paydaş çoğunluğunun sağlanması, iştirak halinde mülkiyete konu teşkil ediyorsa tüm iştirakçilerin katılmalarının temini gerekir. Bu koşullar birlikte dava açma şeklinde gerçekleşebileceği gibi, bir ortak tarafından açılan davada sonradan duruşmada ortakların davaya muvafakat beyanlarının alınması veya buna ilişkin imzaları noterce tasdikli belgenin ibrazı veya müşterek avukata vekaletname verme suretiyle de sağlanır. İştirakli durumda bu temin edilmezse MK. 581-630 maddeleri uyarınca tapu maliki murisin terekesine mümessil tayin ettirilerek mümessil huzuriyle dava yürütülür. Dava hakkına ilişkin bu hususun resen göz

Kendisi için tahliye isteminde bulunulabilecek ikinci kişi, *kiralayanın eşi*dir. Bu açıdan, ihtiyaç içerisindeki eşin kadın veya erkek olması fark yaratmaz. Koca karısının veya kadın kocasının ihtiyacı için daha önce kiraladığı bir taşınmazın tahliyesini isteyebilir. Şüphesiz, burada sözü edilen eşten maksat Medenî Kanunun öngördüğü esaslar çerçevesinde kurulmuş bir evlilikteki eştir. Yoksa, evli olmadıkları halde birlikte yaşayan kişiler birbirlerinin ihtiyacı için bu hükme dayanarak tahliye dâvası açamazlar. Nişanlılar açısından da aynı esas geçerlidir. Batıl evlilikler tereddüt uyandırabilir. Ancak, batıl bir evlenme mahkeme tarafından aynen geçerli bir evlenme gibi hüküm ve sonuç doğurduğuna (MK.m.156) göre, bu tip eşlerin ihtiyacı için de tahliye istenebilmelidir. Buna karşılık, ihtiyaç iddiasıyla açılmış bir tahliye dâvası devam ederken eşler arasındaki evlilik ilişkisi herhangi bir nedenle ortadan kalkarsa, artık tahliye isteminin reddedilmesi savunulabilir.

Kiralayan, son olarak *çocuklarının* ihtiyacı için de tahliye isteminde bulunabilir. Evlâtlığın durumu da çocuklar gibidir. Bu konuda çocuk açısından akla gelebilecek bir sorun, evlilik dışı doğmuş bir çocuğun ihtiyacı için tahliye isteminde bulunmanın mümkün olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, kiralayan ile ihtiyacı için tahliye isteminde bulunan çocuk arasında soy bağı ilişkisinin mevcudiyeti şart mıdır, değil midir? Bu sorunun ana açısından önemi yoktur. Zira, çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur (MK.m.282/I). Çocuk ile baba arasında soybağının kurulabilmesi içinse, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmü gerekir (MK.m.282/II). Kiracı, kiralayanın evlilik dışı ilişkiden doğmuş bir çocuğunun ihtiyacı için açtığı tahliye dâvasında çocuğun varlığına dönük itirazda bulunursa ispat nüfus kayıtlarıyla gerçekleştirilebileceği için, soybağı ilişkisinin gerekliliği savunulabilir¹². İhtiyacı için tahliye isteminde bulunulacak çocuğun velâyet altında olması ise gerekmez¹³.

6570 sayılı Kanunun 7/I,b maddesi, sayılanlar dışındaki kişilerin ihtiyacı için ihtiyaç nedeniyle tahliye dâvası açılmasına imkân tanımamıştır. Dolayısıyla, ana ve babanın, torunların, üvey çocukların, kardeşlerin ve kardeş çocuklarının, damadın veya gelinin ihtiyacı için tahliye dâvası açmak mümkün değildir. Oysa, bunlar ve büyük ana – büyük baba gibi bunlara benzer pek çok kişinin kiralayanın yakını olduğu çok açıktır. Kiralayanın ihtiyaç içerisindeki ana ve babasının ihtiyacı için tahliye isteminde bulunamaması, insanca duygular

önünde tutulması gerekir. ...” (YKD., C.26, S.7, 2000, s.1039-1040). Aksi yönde, bkz., **HATEMİ / SEROZAN / ARPACI**, 215; **ZEVKLİLER**, 256; **FEYZİOĞLU**, 637.

¹² **HATEMİ / SEROZAN / ARPACI**, 214.

¹³ **HATEMİ / SEROZAN / ARPACI**, 213.

ve bunlara dayanan toplumsal değer yargılarımız karşısında kabul edilebilir bir durum değildir.

2005 tarihli Borçlar Kanunu tasarısı hazırlanırken bu durum göz önünde tutulmuştur. Tasarının 356. maddesine göre, kiraya veren, kira sözleşmesini, kiralananı “kendisi, eşi, altsoyu ve kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler için” konut gereksinimi nedeniyle kullanma zorunluluğu varsa öngörülen süre içinde açacağı bir dâva ile sona erdirebilir. Tasarıda öngörülen düzenlemenin insanî değerlere daha uygun düştüğü 356. maddenin gerekçesinde veciz bir şekilde dile getirilmiştir. Gerekçeye göre, “madde, 6570 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (b), (c) ve (ç) bentlerinden alınmıştır. Ancak, “çocuk” yerine “altsoy” denilmiş; böylece 6570 sayılı Kanunun uygulanmasında torun, torun çocuğu gereksinimi bakımından var olan olumsuz çözümlerin önüne geçilmiştir. Ayrıca, “Kanun gereği bakmakla yükümlü olunan kişiler”in gereksinimi de sona erdirme nedeni sayılmıştır. Bu düzenleme ile, Türk aile içi ilişkileri dikkate alınmış, piyano, otomobil koymak veya hayvan bağlamak için gereksinimi geçerli sayan, ancak ana, baba ve kardeşlerin gereksinimini dışlayan uygulama benimsenmemiş olmaktadır. “Kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler” çevresi ise, Türk Medenî Kanununun 364. maddesi gibi hükümlerle belirlenecektir.

B) İŞYERİ İHTİYACI NEDENİYLE TAHLİYE

6570 sayılı Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine göre, kiralayan, “gayrimenkulü kendisinin veya eşinin veya çocuklarının bir meslek veya sanatı bizzat icra¹⁴ etmesi için kullanma ihtiyacında ise”, kira sözleşmesinin bitiminde tahliye isteyebilecektir.

Kiralayan, eş ve çocuklar için yukarıda söylenenler burada da geçerlidir. Tasarının 356. maddesi, haklı olarak, mesken (konut) ihtiyacında olduğu gibi, işyeri ihtiyacında da kendileri için tahliye isteminde bulunulabilecek kişileri kiraya veren, eş, altsoy ve kiraya verenin kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişiler şeklinde düzenlemiştir.

Ayrıca, mesken ihtiyacında olduğu gibi, işyeri ihtiyacına ilişkin iddianın da samimî olması gerekir. Kiralayanın emekli olması yüzünden bizzat kendisi veya çocuğu için işyeri açmak istemesi; kiralayanın halen kullanmakta olduğu işyerinin ihtiyaçlarına cevap vermemesi veya tahliye etmek zorunda kalması gibi durumlarda ihtiyaç iddiasının samimî olduğu kabul edilir¹⁵. Buna karşılık,

¹⁴ “Bizzat icra” ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği hususunda bkz., HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, 218.

¹⁵ Bkz., TUNÇOMAĞ, 633 vd.; ERZURUMLUOĞLU, 54 vd.; FEYZİOĞLU, 628 vd.; ZEVLİLER, 260; TANDOĞAN, 257 vd.; YAVUZ, 330 vd..

kiralayanın sağlık durumunun iddia ettiği ticareti yapmaya elverişsiz olması; ihtiyaç iddiasına dayanak gösterdiği çocuğunun hapse girmesi veya ölmesi; tahliyesi istenen yerin yapılacağı iddia edilen işe uygun olmaması gibi durumlarda ihtiyaç iddiası samimî değildir¹⁶. Hâkim, ihtiyaç iddiasının samimî olup olmadığını dürüstlük kuralını (MK.m.2) göz önünde tutmak suretiyle her olay için ayrıca takdir eder (MK.m.4)¹⁷.

6570 sayılı Kanun m7/I,c'nin uygulanmasında tüzel kişi kiralayanların durumu özellik arz eder. Tüzel kişilerin yapıları gereği eşleri ve çocukları bulunamayacağı için, onlar, sadece kendi ihtiyaçları için tahliye isteyebileceklerdir. Aynı şekilde, bir dernek, üyesinin işyeri ihtiyacı; bir şirket, ortağının işyeri ihtiyacı; bir vakıf da yöneticisinin işyeri ihtiyacı için tahliye isteminde bulunamaz. Şüphesiz bunun tersi de geçerlidir; meselâ, bir gerçek kişi kiralayan ortağı olduğu şirketin işyeri ihtiyacı için tahliye dâvası açamaz¹⁸.

İşyeri ihtiyacını karşılamak için işyerini tahliye ettirmek şart değildir. Kiralayan, kanunun sınırlı şekilde saydığı kişilerden birinin gerçek işyeri ihtiyacını karşılayabilmek için mesken nitelikli bir yerin tahliyesini de isteyebilir¹⁹.

III- MÜLKİYETİ DAHA SONRA KAZANILAN BİR TAŞINMAZIN TAHLİYE ETTİRİLMESİ

¹⁶ FEYZİOĞLU, 632 vd..

¹⁷ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, 218.

¹⁸ TANDOĞAN, 255. 6.HD. 23.1.2001, E.2000/20171 K.2001/918, "... Dosyadaki bilgi ve belgelerden ihtiyaçlı davacının halen kirada olduğunu iddia ettiği Kurtuluş Mahallesi Ziya Paşa Caddesi 22 numaralı yerde faaliyet gösteren G... Mobilya İmalatı ve Pazarlama Sanayi ve Ticaret Limited Şirketinin kurucu ortağı ve üç yıl için şirket müdürü seçildiği anlaşılmaktadır. Davacının şirketi feshedip kendisine ayrı bir yer tutmak suretiyle işini yürütmeyi düşündüğü belirtilmiş ise de bu husus ispatlanmış değildir. Davacı halen faaliyette bulunduğu, ortağı ve müdürü olduğu şirketten ayrılmadığına göre davanın şirket ihtiyacı için açıldığı anlaşılmaktadır. Kiralananın mülkiyetinin şirkete ait olmadığı tapu kaydı ile sabittir. Şirket ihtiyacı için şirket ortağı bulunan gerçek kişilere ait taşınmazların tahliyesi istenemez. Zira şirketler tüzel kişiliklere sahip kuruluşlar olduğundan ancak şirket malı için şirket ihtiyacından bahisle tahliye davası açabilirler. Bu husus göz önünde tutularak şirket ihtiyacı için açılan davanın reddine karar vermek gerekirken yazılı şekilde tahliye kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. ..." (YKD., C.27, S.4, 2001, s.512-513).

¹⁹ TANDOĞAN, 256; ZEVKLİLER, 260.

6570 sayılı Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine göre, “Gayrimenkulî Medenî Kanun hükümlerine göre iktisap eden kimse kendisi veya eşi veya çocukları için tamamen veya kısmen mesken olarak ve yine kendisi veya eşi veya çocukları için bir meslek veya sanatın bizzat icrası maksadıyla işyeri olarak kullanma ihtiyacında ise iktisap tarihinden itibaren bir ay zarfında kiracıyı keyfiyetten ihtarname ile haberdar etmek şartıyla altı ay sonra” tahliye dâvası açabilir.

Burada, başkası tarafından kiralanmış bir taşınmazın mülkiyetini kazanan üçüncü kişinin, ihtiyaç iddiasında bulunarak tahliye isteminde bulunması söz konusudur. Dolayısıyla, ihtiyaç iddiasında bulunabilecek olanlar ile ihtiyaç iddiasının samimîliği²⁰ konusunda söylenenler burada da geçerlidir. 2005 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısının 357. maddesi, ihtiyaç iddiasıyla tahliye isteyebileceklerin sayısını bu ihtimal açısından da genişletmiştir. Yani, taşınmazın mülkiyetini daha sonra kazanan kişi, kendisinin, eşinin, altsoyunun ve kanun gereği bakmakla yükümlü olduğu kişilerin ihtiyacı için tahliye isteyebilecektir.

6570 sayılı Kanun m.7/I,d, “gayrimenkulî Medenî Kanun hükümlerine göre iktisap eden kimse”den söz etmektedir. Medenî Kanuna göre, bir taşınmazın mülkiyeti tescile dayalı olarak veya tescil dışı kazanılabilir. Tescile dayalı kazanma, geçerli bir hukukî neden, yetkili kişinin tescil talebi ve tapu sicili görevlisinin teşcil işlemini yapmasıyla gerçekleşir. Miras, işgal, cebrî icra gibi durumlarda ise tescil dışı kazanma vardır. 6570 sayılı Kanun m.7/I,d'nin ifade tarzına göre, taşınmazın herhangi bir yolla kazanılması yeterlidir. Taşınmazın mülkiyetini tapu üzerinden kazanmış bir kişi kadar, tescil dışı, meselâ cebrî icra yoluyla kazanmış bir kişi de tahliye isteyebilir²¹. Ancak, miras

²⁰ 6.HD. 24.12.2001, E.2001/9644 K.2001/9744, “... Davalının 20.5.1994 başlangıç tarihli ve bir yıl süreyle kiracı olduğu dava konusu kiralanın davacı tarafından 24.3.2000 tarihinde satın alınmış ve davacı da süresinde açmış olduğu işbu dava ile davalının kiralanandan tahliyesini istemiştir. Davacının halen kendi evinde oturduğu konusunda uyuşmazlık yoktur. Yapılan keşif sonucunda bilirkişi her iki dairenin birbirine çok yakın ve alanlarının aynı olduğunu, benzer ısıtma sistemlerine sahip bulduklarını belirtmiştir. Dosya kapsamından her iki dairenin birbirine üstün vasıflar taşımadıkları anlaşılmaktadır. Davacının kiralananı tercih etmesinde geçerli bir neden bulunmadığına göre kendi oturduğu evi teklif etmesi ihtiyacın samimi olduğunu göstermez. Mahkemece ihtiyaç samimi olmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olmuştur. ...” (YKD., C.29, S.1, 2003, s.27-28).

²¹ Tapusuz bir taşınmazı haricen satın alan kişinin de bu hükme dayanarak tahliye isteyebileceği yönünde bkz., **TUNÇOMAĞ**, 637; **YAVUZ**, 331.

yoluyla kazanmada, kiralaayanın mirasçısı durumundaki yeni malikin küllî halefiyet prensibinin bir gereği olarak kiralaayanın kira sözleşmesinden doğan kullandırma borcuna da halef olması tereddüt uyandırabilir²².

Öğreti, yeni malikin, dilerse 6570 sayılı Kanun m.7/I,b,c hükmüne dayanmak suretiyle kira sözleşmesinin bitiminde de dâva açabileceğini kabul etmektedir. Bu, mevcut kira sözleşmesinin altı aylık süreden önce sona erdiği hâller açısından da geçerlidir²³. Öğreti tarafından benimsenen bu çözüme Tasarının 357. maddesinin ikinci fıkrasında aynen yer verilmiştir.

Şüphesiz, kira sözleşmesi tapu kütüğüne şerh edilmiş ise, artık yeni malikin 6570 sayılı Kanununun 7/I,d maddesine dayanarak tahliye dâvası açması mümkün olmaz (MK.m.1009/II)²⁴.

IV- TAHLİYE DÂVASININ AÇILABİLECEĞİ SÜRE

6570 sayılı Kanun m.7/I,b ve c'ye dayandırılacak bir tahliye dâvası kira süresinin bitiminde açılabilir. 6570 sayılı Kanun, kira süresinin bitiminden sonrası içinse herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Yargıtay uygulamasına göre, tahliye dâvasının kira sözleşmesinin bitiminden itibaren en geç bir ay içinde açılması şarttır. Süre kaçırıldıktan sonra açılan bir tahliye dâvası ancak

²² Bkz., 6.HD. 13.6.2006, E.2006/4938 K.2006/6758, "... taraflar dava konusu edilen kiralanana ilişkin yazılı kira sözleşmesi sunmamışlardır. 404 ada 54 No.'lu parselde bulunan zemin kat 2 No.'lu dükkan başlangıçta davacının babası Ahmet'e ait iken 21.06.2003 tarihinde ölümü ile diğer mirasçıları ile birlikte davacıya da intikal etmiş, elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete çevrilmesinden sonra diğer mirasçılar taşınmazdaki paylarını 07.10.2004 tarihinde davacıya satmışlardır. Davacının başlangıçta elbirliği halinde ortağı olduğu taşınmazın diğer paylarını satın alarak tamamına 07.10.2004 tarihinde malik olduğu anlaşılmaktadır. Uyuşmazlık davada dayanılan 6570 sayılı Kanun'un 7/d maddesinin uygulama olanağı bulunup bulunmadığı noktasındadır. Anılan maddeden yararlanabilmek için yeni malikin daha önceden taşınmazda paydaş olmaması gerekir. Ancak davacı babasının 21.06.2003 tarihinde ölümü ile taşınmazda ortak haline gelmiştir. Taşınmazın tümünün davacıya geçmesi kendisine yeni malik sıfatını ve ona 6570 sayılı Kanun'un 7/d maddesinden yararlanma hakkını vermez. Bu husus kamu düzenine ve dava hakkına ilişkin olmakla mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gerekir. Davacı davada sözleşmeye de dayanmadığına göre davanın reddine karar verilmesi gerekirken işin esası incelenerek yazılı şekilde tahliye kararı verilmesi hatalı görüldüğünden hükmün bozulması gerekmiştir. ..." (YKD., C.32, S.10, 2006, s.1594-1596).

²³ TANDOĞAN, 642; ZEVKLİLER, 262.

²⁴ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, 222.

gelecek dönemin sonu için etkili olur. Öğreti²⁵ ve uygulama²⁶ zamanında gönderilmiş bir tahliye istemli ihtarnamenin bu sakıncayı ortadan kaldıracığını ifade etmektedir. Belirsiz süreli bir kira sözleşmesinin bulunduğu hâllerde ise, kiralayanın önce Borçlar Kanununun 262. maddesindeki feshi bildirim sürelerine uygun bir fesih bildiriyle kira sözleşmesinin bitimini belirlemesi, daha sonra belirlenen bu sürenin bitiminden itibaren bir ay içinde tahliye dâvası açması gerekir²⁷.

Borçlar Kanunu Tasarısı, Yargıtay'ın İcra ve İflâs Kanununun 272. maddesini kıyasen uygulamak suretiyle getirdiği bir aylık süreyi konuya ilişkin 356. ve 357. maddelerine dahil etmiştir. Yine, Tasarının 356. maddesine göre, "... belirsiz süreli sözleşmelerde genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildiri için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde ..." dâva açılabilir.

Yeni malik, m.7/I,d hükmüne dayanarak taşınmazı tahliye ettirmek istiyorsa, mülkiyetini kazandığı tarihten itibaren bir ay zarfında kiracıya ihtarname göndermek ve yine kazanma tarihinden itibaren hesaplanacak altı ay sonra da dâva açmak zorundadır. Kanun ihtarname terimini kullandığı için, ihtarın yazılı olması gerekir. Sözlü bir ihtar yeterli olmaz. Noter aracılığıyla da gönderilebilir. Ayrıca, "*bir ay zarfında kiracıyı keyfiyette ihtarname ile haberdar etmek*" şart koşulduğu için, ihtarnamenin bir aylık süre dolmadan kiracıya ulaşması da aranır²⁸. Altı aylık süre de taşınmazın mülkiyetinin kazanıldığı anda işlemeye başlar. Tescile dayalı kazanmalarda tescil işlemi mülkiyet hakkının kazanılması için zorunlu ise de, mülkiyet hakkı talebin yevmiye defterine yazıldığı anda kazanılır. Yani, tescilin hükmü geçmişe yürür.

²⁵ Bkz., TANDOĞAN, 264; ZEVKLİLER, 259.

²⁶ 6.HD. 29.3.2001, E.2001/2381 K.2001/2621, "... 6570 sayılı Yasanın 7/b-c-ç maddelerine dayanan tahliye davasının anılan Yasa maddeleriyle İİK. 272. maddesinin kıyasen uygulanması ve yerleşmiş içtihatlar uyarınca kira akdinin hitamını takip eden bir ay içinde açılması gerekir. Daha önce veya bir aylık dava açma süresi içinde tahliye iradesi kiracıya bildirilmişse bu irade açıklaması süreyi koruyacağından bu bildiri takip eden dönemin sonuna kadar dava açma hakkı saklı tutulmuş sayılır. Bu gibi durumlarda aktin başlangıcı olan ayın kirasının ihtirazi kayıtlı alınıp alınmaması önemli değildir. Bu cihet kamu düzenine ilişkin olduğu için davalı tarafça ileri sürülme şartı aranmaksızın mahkemece kendiliğinden nazara alınması gerekir. ..." (YKD., C.27, S:7, 2001, s.1005-1006).

²⁷ TANDOĞAN, 263; ZEVKLİLER, 259; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, 216; YAVUZ, 329; FEYZİOĞLU, 639.

²⁸ ZEVKLİLER, 263; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, 219.

Bu nedenle, sürelerin hesaplanmasında tescil tarihinin mi, yoksa yevmiye defterine yazım tarihinin mi esas alınacağı hususu tereddüt uyandırabilir. Tescil dışı kazanmalarda ise, taşınmazın mülkiyeti, hukuk düzeninin öngördüğü olay gerçekleşir gerçekleşmez, meselâ miras bırakanın ölümüyle birlikte kazanılır. Cebri icrada kazanma anı ihale tarihidir²⁹. Daha sonra yapılacak tescil işlemi sadece açıklayıcı etki yaratır. Dolayısıyla, sürelerin de açıklayıcı tescilin yapıldığı tarihten değil, tescil dışı kazanımı sağlayan olayın gerçekleştiği tarihten itibaren hesaplanması gerekir.

Tescile dayalı kazanmalarda, tescilin yolsuz olduğu durumlar da özellik arz eder. Meselâ, malik (A), (B)'ye kiraladığı taşınmazını (C)'ye tapu üzerinden temlik etmiştir; ancak, (C) üzerine yapılan tescil herhangi bir neden yüzünden yolsuzdur. Tescil yolsuz olduğu için mülkiyet (C)'ye geçmemiştir; ama (C) tapu sicilinde malik görünmektedir. Acaba, (C)'nin 6570 sayılı Kanunun 7/I,d maddesine dayanarak açacağı bir tahliye dâvasında, (B), tescilin yolsuzluğunu ileri sürebilecek midir? 6570 sayılı Kanunun 7/I,d maddesi "iktisap eden kimse" ifadesini kullandığı için, (B), böyle bir savunmada bulunarak aleyhine açılmış tahliye dâvasını reddettirebilmelidir. Buna karşılık, onun, (C) üzerine yapılmış yolsuz tescilin düzeltilmesini (MK.m.1025/I) istemesi ise mümkün değildir.

V- TAHLİYE ETTİRİLEN TAŞINMAZIN YENİDEN KİRAYA VERİLEMEMESİ

Kiralayan, ihtiyaç nedeniyle tahliye ettirdiği taşınmazı, mücbir sebep³⁰ olmaksızın üç sene müddetle eski kiracısından başkasına kiralayamaz (KK.m.15/I). Bu konuda eski kiracının tercih hakkı vardır. Ancak, eski kiracı dürüstlük kuralına (MK.m.2) uygun olarak yapılan bir kiralama teklifinde tercih hakkını kullanmak istemezse, kiralayan başka bir kişiyle kira sözleşmesi yapabilir³¹. Aksi takdirde, hakkında altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca para cezası hükmolunur (KK.m.16/c.1). Bu hükmün uygulanabilmesi için, Yargıtay'ın aksi yöndeki uygulamasına rağmen, kiracının taşınmazdan cebri icra yoluyla çıkartılması şart koşulmamalıdır. Kiralayanın yazılı tahliye talebini samimî bulup kendiliğinden taşınmazı boşaltan bir kiracı da iyiniyetini kötüye kullanmış kiralayan için söz konusu hükmün uygulanmasını isteyebilmelidir³².

VI- SONUÇ

²⁹ TUNÇOMAĞ, 638.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz., TANDOĞAN, 265 vd..

³¹ HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, 239.

³² ZEVLİLİLER, 261.

Kira konusu taşınmazın ihtiyaç nedeniyle tahliye ettirilmesine uygulamada çok rastlanmaktadır. Ne var ki, 6570 sayılı Kanunun konuya ilişkin düzenlemesi, özellikle ihtiyaç iddiasının kiralayan dışında sadece eş ve çocuklar ileri sürülmesine imkân tanıdığı için eleştiriye açıktır. Kiralayan, ana baba ve torunlar gibi diğer yakınları için de bu iddiayı dillendirebilmelidir. Tasarı, özel bir yasa hükmünün öngördüğü tahliye nedenlerini genel nitelikli Borçlar Kanununa dahil ettiği için eleştirilebilirse de, ihtiyaç iddiasında bulunulabilecek kişilerin kapsamını eş dışında *altsoy* ve *kiralayanın kanunen bakmakla yükümlü olduğu kişileri* içerecek şekilde genişletmesi isabetli olmuştur.

KAYNAKÇA

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, C.I, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), 4. Bası, İstanbul 1980.

HATEMİ, Hüseyin / **SEROZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992.

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.I/1, 3. Bası, Ankara 1984.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C.2, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977.

YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 1997.

ZEVKLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara 2004.

**1980 TARİHLİ MALLARIN ULUSLARARASI SATIŞINA
İLİŞKİN VİYANA KONVANSİYONU'NDA AYIBA KARŞI
TEKEFFÜL**

Dr. Hakan ACAR*

ÖZET

“1980 tarihli Malların Uluslararası Satışına İlişkin Viyana Konvansiyonu”nun ayıplı mallarla ilgili düzenlemesi “Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Şahısların İddiaları” başlıklı II. bölümün 35-40. maddeleridir. Biz bu çalışmada Konvansiyon kapsamındaki ayıplı mallara ilişkin düzenlemeleri inceleme konusu yapacağız. Ancak bu incelemeyi yaparken Türk Hukukunun ilgili hükümlerini de belirterek gerek uygulamacıların ve gerekse bu konuyla ilgilenen hukukçuların mukayese yapma imkanı elde etme imkanı vereceğiz. Konvansiyon’un uluslararası ticari uyumsuzluk hallerinde gerek tahkim ve gerekse milli mahkemeler tarafından çok sık uygulanması konuyu ehemmiyetli hale getirmektedir.

ANAHTAR KELİMELER: Ayıplı mal ve hizmet, satış sözleşmesi, Viyana Konvansiyonu, Uluslar arası satışlar, Uluslar arası ticaret

**NON-CONFORMITY OF THE GOODS IN THE VIENNA
CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE
OF GOODS (1980)**

ABSTRACT

Non-conformity of goods is codified in the second part of “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)” titled “Conformity of the goods and third party claims”, article 35-40. In this paper we will examine the regulations about the non-conformity of the goods in the international sales under the scope of this convention. However, in this paper we will refer to the related adjustments of the Turkish Law, when needed, to give both practitioners and academics interested in this topic the opportunity to make comparisons. As the convention is widely implemented by the arbitral and national courts in case of the international commercial conflicts the issue becomes more important.

KEYWORDS: Non-Conformity of Goods and Services, Sale Contracts, Vienna Convention, International Trade

* Fatih Üniversitesi Öğretim Görevlisi.

GİRİŞ

“1980 tarihli Malların Uluslararası Satışına İlişkin Viyana Konvansiyonu”nun¹ (bundan sonra Konvansiyon olarak ifade edilecek) ayıplı mallarla ilgili düzenlemesi “Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Şahısların İddiaları” başlıklı 2. bölümün 35-40. maddeleridir. Aynı bölümün 41-44. maddelerinde ise zapta karşı tekeffül hükümleri düzenlenmiştir. Biz bu çalışmada zapta karşı tekeffül hükümlerini kapsam dışı bırakacak ve sadece Konvansiyon kapsamındaki ayıplı mallara ilişkin düzenlemeleri inceleme konusu yapacağız. Ancak bu incelemeyi yaparken Türk Hukuku'nun ilgili hükümlerini de belirterek gerek uygulamacıların ve gerekse bu konuyla ilgilenen hukukçuların mukayese yapma imkanı vermeyi hedeflemekteyiz.

Konvansiyon'a Türkiye taraf olmasa bile, dünya ticaretinin önemli bir kısmının taraf ülkeler tarafından gerçekleştiriliyor olması ve Türkiye'nin dış ticaret hacminin önemli bir kısmının gerçekleştirildiği AB ülkelerinin bir çoğunun yine taraf devletler olması, Konvansiyon'u Türk Hukuku açısından da önemli hale getirmektedir². Konvansiyon'un uygulama kapsamını düzenleyen 1(b) maddesi, mahkeme tarafından tatbik edilecek kanunlar ihtilafı prensiplerinin neticesinde üye devletlerden birinin hukukunun sözleşmenin esasına uygulanacak olması halinde Konvansiyon hükümlerinin doğrudan uygulanacağını belirterek, Konvansiyon'un uygulama sahasını oldukça genişletmiş ve taraf olmayan devletlerde de ilgili hükümlerin tatbiki sonucunu doğurmuştur. Her ne kadar Konvansiyon'un 95. maddesi, taraf ülkelerin m. 1(b)'nin uygulanmasına çekince koyma imkanını getirmiş olsa da çok az ülke bundan faydalanmıştır.³ Dolayısıyla Konvansiyon sözleşmenin milletlerarası bir satış sözleşmesi olması durumunda esasa uygulanan bir iç hukuk metni olarak karşımıza çıkmakta bu da önemini ve incelenme ihtiyacını artırmaktadır. Konvansiyon'un uygulama sahası ile alakalı ifade edilmesi gereken bir diğer husus ise Konvansiyon'un sadece ticari satışlara uygulanabileceğidir. Gerçekten m. 2, sözleşme konusunun nihai olarak tüketmek için elde edilmesi hallerini saymış ve bunların Konvansiyon'un kapsamı dışında kaldığını belirtmiştir.

¹ 11 Nisan 1980 tarihinde kabul edilmiş ve 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Şu ana kadar 70 ülke Konvansiyon'a taraf olmuştur. Bkz. www.uncitral.org

² Bugün Konvansiyon'a 27 AB ülkesinin 23'ü taraftır. Taraf olmayan AB ülkeleri, İngiltere, Portekiz, İrlanda ve Malta'dır. Bkz. www.uncitral.org

³ Bugün için bu çekinceyi koyan ülke sayısı 5'tir. Bunlar ABD, Slovakya, Çek Cumhuriyeti, Singapur ve Saint Vincent and the Grenadines'dir. www.unidroit.org

Dolayısıyla ayıplı mallara ilişkin tüketiciyi koruyucu düzenlemeler bu çalışma kapsamına alınmamıştır.

I.Kavram

Uluslararası ticari sözleşmelerden kaynaklanan uyumsuzlukların bir çoğu sözleşmenin konusunun ayıplı olması neticesinde ortaya çıkmaktadır. Konvansiyon'un 35(1)maddesi bu konuyu düzenlemektedir. Buna göre:

“satıcı malları sözleşmeye uygun miktar, kalite ve özellikte ve sözleşmede belirtilen bu hususiyetlerin gerektirdiği paketleme ve ambalajlamayı yaparak teslim etmelidir.”

Burada satıcının sorumluluğunun ortaya çıkması için maldaki ayıpları bilmesine gerek yoktur. Türk Hukuku'nda kanuni tekeffül olarak ifade edilen bu prensip (BK. 194/2)⁴ ile alakalı olarak Konvansiyon'da açık bir hüküm mevcut değildir. Ancak 40. maddede satıcının ayıbı bildiği veya bilmesi gerekmesine rağmen alıcıya bunu bildirmediği durumlarda, alıcının zamanında malları incelemeye veya ihbarda bulunmadığı iddiasıyla sorumluluktan kurtulamayacağını düzenlemiştir. Ayrıca, genel hükümler başlıklı ikinci bölümün 7. maddesinde Konvansiyon'un iyiniyet prensipleri çerçevesinde yorumlanması gerektiği ve Konvansiyon'un tatbik edildiği olaylarda hukukun genel prensiplerinin dolayısıyla da iyiniyet ilkesinin uygulanmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Satıcının ayıbı bilmesine rağmen bunu alıcıya bildirmemesi de iyiniyet prensibiyle bağdaşmayacaktır. Aslında böyle bir durumda satıcının hile hile kastıyla hareket ettiği söylenebilecektir. Yani satıcı alıcıyı sözleşmeyi yapmaya veya sözleşmede kararlaştırılan şartlar altında sevk etmekle kastıyla hareket etmiş olacaktır⁵. Dolayısıyla açık bir hüküm olmasa da Konvansiyon'da ayıba karşı tekeffül hükümlerinin geçerli olması için, satıcının bunları bilmesine gerek olmadığı sonucuna varabiliriz. Çünkü satıcının sorumluluğu için ayıbı bilmiş olmasını gerekli görmek Konvansiyon'un genel karakterine ve genel hukuk ilkelerine zıttır. Böyle bir durumda alıcının ayıplı mallara ilişkin seçimlik haklardan istifade etmek imkanı ortaya çıkacaktır. Türk Hukuku'nda ise, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin ortaya çıkabilmesi için satıcının bunları bilmesine gerek yoktur. Ancak bilmesine rağmen sessiz kalması veya bir beyanda bulunarak satım konusu malda olmayan özellikleri var gibi

⁴ **YAVUZ**, Cevdet , Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1994, s. 83; **HATEMİ**, Hüseyin, **SEROZAN**, Rona, **ARPACI**, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1992, s. 87.

⁵ **TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I / 1, 4. baskı, Ankara, 1988, s. 176; **YAVUZ**, s. 87.

göstermesi durumunda hile kastıyla hareket etmiş sayılacaktır⁶. Satıcının hileli hareket etmesi halinde ise, alıcı maldaki ayıpları kendisine zamanında ihbar etmediği iddiasında bulunamayacak ve sözleşme ile satıcının ayıptan sorumlu olmayacağına ilişkin bir düzenleme yapılması halinde bu geçerli olmayacaktır⁷.

Konvansiyonda ayıplı mallarla alakalı dikkat çeken birinci husus gizli veya görünen ayıp ayırımı yapılmadan bütün ayıpların 35. madde kapsamına girmesidir. Türk Hukuku'nda bu ayırım yapılmış, ancak ayıbın gizli olması halinde alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabileceği belirtilmiştir. Alıcının sözleşme yapılırken bildiği veya normal bir inceleme neticesinde bu ayıbı fark edebileceği durumlarda ayıba karşı tekeffül hükümlerinden istifade etmesi mümkün değildir (BK. m. 197/II)⁸. Tabi burada alıcının sözleşme konusu malı sözleşme yapılmazdan önce muayene edebilme imkanına sahip olması gereklidir⁹. Aynı şekilde 35. madde de sadece gizli ayıplara değil malın tesliminden sonra ortaya çıkan görünebilen ayıplara da uygulanabilecektir. Gerçekten uluslararası satım sözleşmeleri genellikle mesafeli satışlar olduğu için alıcının görünür nitelikteki bir ayıba mallar kendisine ulaşmadan muttali olabilmesi mümkün değildir. Malı sözleşme öncesi inceleme imkanı olmadığı için görünebilir nitelikteki bir ayıbın varlığı halinde de alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanabilmesi yerindedir.

Türk Hukuku'nda farklı olan bir diğer durum ise Konvansiyon'da satıcının sözleşmede kararlaştırılan maldan tamamen farklı bir mal teslim edilmesi (*aliud*) halinin ayıplı ifa olarak kabul edilmesidir. Türk hukukunda böyle bir durumda ayıplı ifaya ilişkin hükümlere değil, gereği gibi ifa edilmemeden dolayı genel hükümlere dayanabilecektir (BK. 96 vd)¹⁰. ULIS¹¹ m.

⁶ ZEVKLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Baskı, Ankara, 1998, s. 92; TANDOĞAN, s. 172.

⁷ YAVUZ, s. 89-90; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s.98; TANDOĞAN, s. 178-179.

⁸ ZEVKLİLER, s. 92; YAVUZ, s. 87.

⁹ YAVUZ, s. 88.

¹⁰ Türk Hukuku'nda *aliud* halinde teslim borcunun yerine getirilmemiş olduğu kabul edilecek ve alıcının satılanı teslim almaktan kaçınıp satıcıyı temerrüde düşürme imkanı ortaya çıkacaktır. Ancak alıcı bu değişik edimi asıl ifa olarak kabul ederse ifa yerine getirilmiş sayılacaktır. Bkz. TANDOĞAN, s. 122; YAVUZ, s. 59.

¹¹ ULIS (Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods), 1 Haziran 1964 tarihli, uluslararası mal satışlarına ilişkin ortak bir kanun yapılması ile ilgili konvansiyondur. Konvansiyonun hazırlanması ile ilgili konferansa yirmisekiz ülke katılmış bunlardan sadece dokuzu bu

33/1(b)'de ise açık bir şekilde sözleşmede belirtilen maldan farklı bir malın teslim edilmesi halinde satıcının teslim borcunu yerine getirmemiş olacağı belirtilmiştir. Konvansiyon'da ise bu şekilde açık bir düzenleme yoktur. Doktrinde bu konuda farklı görüşlere rastlamak mümkündür. UNCITRAL Sekreterliğinin yorumunda ayrılmış ve belirlenmiş mallarla, ayrılmamış mallar arasında bir ayırım yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre ayrılmış bir malın yani sınırlı bir cins borcunun veya parça borcunun varlığı halinde satıcının teslim borcunu yerine getirmiş sayılabilmesi için sözleşmede açıkça kararlaştırılan malın teslim edilmesi gerekmektedir. Belirlenmemiş bir malın yani bir cins borcunun varlığı halinde ise satıcı sözleşmede belirtilen tip ve özelliğe uygun herhangi bir malı teslim etmesi gereklidir¹². Buna göre, sözleşmede mısırın teslim edileceği belirtilmişse satıcı patates teslim ederek borcundan kurtulamayacaktır. Eğer satıcı sözleşmede genel olarak belirtilen türdeki malları alıcının hakimiyet sahasına teslim etmişse, mallar miktar ve nitelik itibarıyla sözleşmede belirtilen özelliklere sahip olmasalar bile malları teslim etmiş sayılacaktır. Bu yorum tarzına göre, sözleşmede belirtilen maldan farklı bir mal (mesela mısır yerine patates) teslim edilmiş ise (*aliud*), teslim borcu yerine getirilmemiş kabul edilecektir. Bazı yazarlar *aliud* halinde teslim borcunun yerine getirilmiş sayılmasının çok uç bir görüş olduğunu ifade etmişlerdir¹³. Burada *aliud*'un malın hiç teslim edilmemesi mi yoksa, malın ayıplı olarak teslim edilmesi manasına mı geldiğini karar vermezden önce *aliud* kavramının tanımlanması gerekir. Fakat bunun çok zor olduğu ortadadır. Malların niteliğine bakmaksızın, teslimatın fiilen yapılmış olmasıyla teslim borcunun yerine getirildiğinin kabulü en mantıklı bir yol olarak görünmektedir.

konvansiyonu uygulamaya koymuştur. Kabul eden ülkelerin azlığının sebebi, bu konvansiyonun kıta avrupalı hukuk sistemi etkisi altında hazırlanmış olması ile sosyalist ve üçüncü dünya ülkelerinin menfaatlerini gözardı eder bir yapısının olmasıdır. Bu problemin tekrar yaşanmaması için Viyana Konvansiyonu bütün hukuk sistemlerinin görüşü alınarak geniş katılımlı olarak hazırlanmıştır. Bkz. **KEILY**, Troy, "Harmonization and The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Nordic Journal of Commercial Law, 2003#1, s. 3.

¹² **KRUISINGA**, Sonja, (Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?, New York, 2004, s.39.

¹³ Bu konuda Almanya Düsseldorf mahkemesinde 1994 yılında verilen bir kararda, sözleşmede kararlaştırılan daha farklı renkte bir tekstil ürününün alıcıya gönderilmesinin *aliud* olarak kabul edileceği ve dolayısıyla da satıcının teslim borcunu yerine getirmemiş sayılacağı ifade edilmiştir. Bkz. **KRUISINGA**, s. 39.

Yani herhangi bir davada 35. madde, sadece teslim borcunun değil, satıcının sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirip getirmediğinin tespit edilebilmesi için uygulanabilecektir. Ayrıca 35. maddenin lafzi manasına baktığımızda ayıplı ifa ile *aliud* arasında herhangi bir ayırım yapılmadığı da görülmektedir. Schlectriem'e göre Konvansiyon'da *aliud*'un hiçbir önemi yoktur. Yazara göre, satıcı tuz teslim etme borcu altına girmiş ancak bunun yerine şeker göndermişse, bu sözleşmeye bir aykırılık teşkil edecek ve alıcı ayıplı bir ifanın olduğu gerekçesiyle satıcıya ihbarda bulunacaktır¹⁴. Bu yaklaşım tarzı çok makul görünmektedir. Çünkü uygulamada *aliud*'un ne olduğunun tam olarak tespit etmenin zorluğu ve malın hiç teslim edilmediği mi yoksa ayıplı olarak mı teslim edildiğinin tespitindeki sıkıntı bizi böyle bir ayırım yapmaktan imtina ettirmektedir¹⁵.

Genel olarak ayıplı malları düzenleyen 35. madde, bu sorumluluğu satıcının teslim borcunun bir gereği olarak düzenlemiş ve birinci fıkrada satıcının sözleşmede belirtilen nitelik, nicelik ve özelliğe sahip malları yine sözleşmede belirtilen şekilde paketlenmiş ve ambalajlanmış olarak teslim etme yükümlülüğünü getirmiştir. Burada 35. madde ile ULIS'teki düzenleme arasında önemli bir fark vardır. ULIS'e göre satıcı malları teslim etmiş olmasına rağmen malda bir ayıp olması halinde teslim borcunu yerine getirmemiş sayılmaktaydı. Dolayısıyla sözleşmenin yerine getirilmemesinden doğan hükümlere istinaden alıcı haklarını talep edebilmekteydi. Ancak Konvansiyon'da eğer satıcı sözleşmede belirtilen malları alıcının hakimiyet sahasına geçirmiş ise mallar ayıplı olsa dahi teslim borcunu yerine getirmiş sayılacaktır. Bu durumda alıcı ayıplı ifaya ilişkin hükümlerden istifade edebilecektir. Görüldüğü gibi Konvansiyon sözleşmenin yerine getirilmemesi ile ayıplı ifa kavramlarını net bir şekilde ayırmıştır. Bu ayırım önemlidir; çünkü ayıplı ifa halinde alıcının ayıplı ifaya ilişkin hükümlerden istifade edebilmesi için malları muayene etmesi ve derhal tespit ettiği ayıbı satıcıya bildirmesi gerekmektedir. Yani burada Türk Hukuku'nda olduğu gibi¹⁶ alıcının ayıplı ifa halindeki seçimlik hakları kullanabilmesi için, muayene ve ihbar mükellefiyetlerini yerine getirmesi gerekmektedir. Bu mükellefiyetleri yerine getirmemesi halinde alıcının ayıba

¹⁴ **SCHLECHTRIEM**, Peter, "The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender (1984), s. 6-22.

¹⁵ Türk Hukuk doktrininde *aliud* halinde de ayıp hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanabileceği ifade edilmiştir. Bkz. **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s.95.

¹⁶ **ZEVKLİLER**, s. 93; **YAVUZ**, s. 87-88; **HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, s.98.

karşı tekeffüle ilişkin hükümlerden yararlanması mümkün olmayacaktır. Ancak ULIS'teki düzenlemede, malların hiç teslim edilmemiş olması halinde alıcının ihbar mükellefiyeti söz konusu değildir. Dolayısıyla da bu mükellefiyetleri yerine getirmeden de bu hakları kullanma imkanına sahip olacaktır.

ULIS'te yaşanan bir diğer problem ise ayıbın ortaya çıkması için öngörülen zamanın hasar riskinin alıcıya geçtiği anda olması ve malların teslim edilmemesi halinde ise riskin alıcıya geçmemesi durumudur. Ayrıca alıcının malları muhafaza mükellefiyeti, ancak malların teslim edilmesi halinde ortaya çıkacaktır. Konvansiyon'da ise bu durumlar nazara alınarak bir düzenleme yapılmış ve bu tip problemlerin çıkması en aza indirilmiştir.

II. Ayıbı Ortaya Çıkaran Sebepler

1. Satılmanın Normal Kullanım İçin Lüzumlu Vasıflarının Olmaması

Konvansiyon'un 35. maddesinin 2/a bendinde malların bu maldan beklenen faydanın elde edilmesi için kullanılacak aynı cins ve özellikteki diğer mallardan farklı olması halinde, bu malların sözleşmeye uygun olmadığı yani ayıplı olduğunun kabul edileceği belirtilmiştir¹⁷. Görüldüğü gibi Konvansiyon burada ayıbın tespitinde objektif bir kriter getirmiştir. Türk Hukuku'nda maddi ayıp¹⁸ şeklinde tanımlanan bu husus bir eşyanın aynı cinsten normal parçalarla karşılaştırıldığında, kendi değerini veya elverişliliğini kaldıran yada azaltan her türlü kötü nitelik olarak ifade edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus malların normal kullanım için makul bir seviyede olmasıdır. Yoksa burada malların mükemmel olması en üst kalitede olması aranmamaktadır. Ancak burada UNCITRAL sekreterliği tarafından getirilen ve bir kısım tahkim kararlarında da belirtilen bir diğer kriter bu malların tekrar satılabilir, pazarlanabilir nitelikte olmasıdır¹⁹. Bu kriter malların normal kullanımı için gerekli bir unsur olarak ifade edilmektedir. Çünkü uluslararası ticarete alıcılar genellikle bu malları kendi ihtiyaçları için kullanmak için değil, tekrar satmak için alırlar. Dolayısıyla bu nitelikte olmayan bir mal da ayıplı olarak kabul edilecektir²⁰.

¹⁷ Mesela, Fransa'da verilen bir kararda ilk kullanımda bozulan bir buzdolabının 35/2a maddesini ihlal ettiği belirtilmiştir. CLOUT No 204 [Cour d'appel, Grenoble France, 15 May 1996]. http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/

¹⁸ EDİS, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 183, Ankara, 1963, s. 13; TANDOĞAN, s. 168; ZEVLİLİLER, s. 90; YAVUZ, s. 85.

¹⁹ KRUISINGA, s. 30.

²⁰ CLOUT case No. 123 [Bundesgerichtshof, Germany, 8 March 1995]. Aksi görüş için bkz. Landgericht Berlin, Germany, 15 September 1994, Unilex. Netherlands Arbitration Institute, Arbitral Award, No. 2319, 15 October 2002,

Malların ayrıca normal bir dayanıklılık ve kullanım süresinin olması da bu şartın yerine gelmesi için gereklidir. Eğer maldan daha fazla bir süre istifade edilmesi bekleniyor ve isteniyorsa bu sözleşmede ayrıca ifade edilmelidir.

2. Özel Kullanım Amacına Uygun Olmaması

35. maddenin 2/b bendinde sözleşme konusu malın, sözleşme yapıldığı sırada satıcıya açıkça veya zımnen bildirilen özel kullanım amacına uygun olmaması halinde ayıplı kabul edileceği düzenlenmiştir. Burada görüldüğü gibi malın sahip olması gereken hususiyetin mutlaka sözleşme ile düzenlenmesi gerekmemektedir. Konvansiyon müzakereleri sırasında, maldan özel olarak beklenen hususiyetlerin mutlaka sözleşme kapsamına dahil edilmesi teklifi yapılmış ancak bu kabul edilmemiştir²¹. Burada satıcının özel amaç konusunda bilgilendirilmiş olması yeterlidir. Hatta doktrinde makul bir satıcının içinde bulunduğu şartlar içerisinde özel bir amacın var olması gerektiğinin farkına varması hakkaniyet gereği ise satıcıya bu amaç bildirilmiş sayılacaktır²². Görüldüğü gibi burada objektif bir kriter getirilerek alıcının ispat külfeti azaltılmak istenmiştir. Gerçekten alıcının, satıcının satım konusu mal ile alakalı gerçekte ne bildiğini ispat etmesi çok zordur. Mesela alıcının satın aldığı bir makineyi çok soğuk kış şartlarının yaşandığı bir yerde kullanma niyetinde olması halinde özel bir amacın olduğu bu prensiple belirlenebilecektir²³.

2/b maddesinde ifade edilen bir diğer mesele ise alıcının içinde bulunduğu durumun, satıcının bilgi ve kararına güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı durumlarda özel amacın tespitinin zımnı veya açık olarak ifade edilmesi yeterli olmayacaktır. Yani alıcının, satıcının o konudaki bilgi ve kararına güvenmesi gereklidir. Satıcının alıcı tarafından özel bir amaç için alınan malın imalatçısı olması durumunda bu güvenin var olduğu ve haklılığı söylenebilecektir. Fakat alıcının o konuda uzman olduğu ve satıcının da kendisinin bu malların özel bir amaç için kullanılıp kullanılmayacağı konusunda özel bir bilgisinin olmadığını alıcıya bildirmesi halinde elde edeceğimiz sonuç tamamen farklı olacaktır.

Unilex. Bu kararlarda 35/2a maddesi şartlarının yerine getirilmiş sayılabilmesi için orta kalitede olması yeterlidir; ayrıca tekrar pazarlanabilir nitelikte olması şart değildir. <http://www.uncitral.org>; Türk Hukuk doktrininde ekonomik ayıp kavramı için bkz. **EDİS**, s. 17.

²¹ **KRUISINGA**, s. 32.

²² **SCHLECHTRIEM**, s. 6-20.

²³ **SCHLECHTRIEM**, s. 6- 21.

3. Numune ve Modelin Olması

Tarafların aksini sözleşme ile kararlaştırmamaları halinde, malın satıcının önceden alıcıya gösterdiği veya gönderdiği numuneye uygun olmaması halinde mal ayıplı sayılacaktır. Numune malların sözleşme ile kararlaştırılan standartı olarak kabul edilecektir. Yani malların bu numunede var olan bütün özellikleri taşıması gerekmektedir.

ULIS numune üzere satışlarla alakalı farklı bir düzenleme içermektedir. ULIS m. 33/1(c)'de, satıcının alıcıya bir numune vermesi halinde sözleşme ile zımni veya aleni şekilde sözleşmenin numune üzerinden olduğu kararlaştırılmış olmasa dahi malların numunede var olan özelliklere sahip olmaması durumunda satıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu konu Konvansiyon'da ayrıca düzenlenmiş olmasa dahi taraflar satıcının malların numuneye uygun olmaması halinde herhangi bir sorumluluğunun olmayacağını düzenleyebileceklerdir. Taraflar arasında böyle bir anlaşmanın olmaması halinde satıcı doğrudan doğruya malların numuneye uygun olmamasından sorumlu olacaktır. Diğer taraftan alıcının kendisine gösterilen numuneyi çok iyi incelemesi gerekecektir. Çünkü numunede, malın normal kullanımını engelleyen bir takım eksikliklerin bulunması dolayısıyla da satıcının buna istinad ederek aynı noksanlığı ihtiva eden malları göndermesi söz konusu olabilecektir. Numunenin satıcıya gösterilmesi halinde taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa malların bu özellikteki malın ifası konusunda anlaşmış sayılacakları için alıcının aleyhine bir durum ortaya çıkabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus bir numunenin varlığı halinde tarafların bu numunede var olan özelliklerin sözleşme konusu malda bulunması gerektiği konusunda ayrıca anlaşmalarına ihtiyaç olmamasıdır. Numunenin varlığı halinde tarafların bu konuda anlaşmış oldukları varsayılacaktır²⁴. Türk Hukuku'nda ise

²⁴ Bu konuda ilgi çekici bir karar için bkz. LG Berlin 15 September 1994, <http://www.cisg-online.ch/>

Bu kararda alıcı malların ayıplı olduğu konusunda dava açmıştır. Satıcı ise malların alıcı tarafından daha önce görülen numuneye uygun olduğunu ileri sürmektedir. Mahkeme malların normal kullanıma uygun olmaması nedeniyle ayıplı sayılacağı ve tarafların açıkça malların numuneye uygun olması gerektiği konusunda anlaşmaları gerektiği ancak böyle bir anlaşmanın olmadığını ifade etmiştir. Dolayısıyla satıcının malların numuneye uygun olduğu iddiasında bulunmaya hakkı yoktur. Böyle bir anlaşma olsa dahi satıcı teslim edilen mallardaki ayıplarla numunede varolan ayıpların aynı olması gerektiği belirtilmiştir. Mahkemenin tarafların malların numuneye uygun olması konusunda ayrıca anlaşmalarının gerektiği konusundaki görüşü doğru değildir. Ancak mahkeme satıcının numunede varolan ayıplarla alıcıya teslim edilen

tarafların teslim edilecek malın alıcıya veya üçüncü bir kişiye bırakılan bir örneğe yahut tesbit ettikleri bir mala uygun olması üzerinde anlaşmaları halinde yapılan satım sözleşmesi numune üzerine satış olarak kabul edilecektir²⁵. Yani tarafların açıkça kararlaştırmaları halinde numune üzerine satış gerçekleşecektir. Konvansiyon'a göre ise satıcının alıcıya bir numune göstermesi halinde böyle bir satışın varlığı söz konusu olacaktır. Ancak taraflar bir numune verilmesine rağmen satışın numune üzerine satış olmayacağını ve dolayısıyla da gösterilen numuneye uygun olması mecburiyetinde olmadığını kararlaştırabileceklerdir.

4. Yükleme ve Paketleme

Konvansiyon'un 35/2 (d) maddesi ayıplı ifayı oluşturan hallerden birisi olarak yükleme ve paketlemeyi düzenlemiştir. Buna göre, tarafların aksini kararlaştırmamaları halinde, malların o mallar için gerekli olan durumda, böyle bir durumun olmaması halinde ise malların korunması ve saklanması için uygun olan bir şekilde paketlenmesi ve yüklenmesi gerektiğini, buna uygun olmayan bir yükleme veya paketlemenin ayıplı ifa olarak kabul edileceğini düzenlemiştir. Gerçekten malların ayıplı olmasının en önemli sebeplerinden birisi yükleme ve ambalajlamanın gerektiği şekilde yapılmamasıdır ki deniz aşırı ticarete bunun ayrı bir önemi vardır. Uygun şekilde paketlenmeme neticesinde gemiyle çok uzun bir mesafeden getirilen mallar kısmen veya tamamen bozulabilmektedir. Yapılan paketlemenin malların alıcıya veya taşıyıcıya teslim edilmesinden sonra bunların varış yerine gidene kadar malları korumaya veya saklamaya kafi gelecek derecede olması gerekmektedir. Hatta malların varış yerine ulaşmasında bir gecikmenin olabileceği de dikkate alınarak ambalajlamanın yapılması lazımdır. Ayrıca alıcının malları bir başka yere göndereceği hallerde, satıcı malların nereye gideceğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, paketlemenin buna göre yapılması da satıcının sorumluluğu altındadır.

maldaki ayıpların aynı olduğunu ispat edememesi nedeniyle alıcıyı haklı bulmuştur.

²⁵ TANDOĞAN, s. 293; YAVUZ, s. 183; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.129; ZEVLİLİLER, s. 62.

III. Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcundan Sorumluluğunun Şartları

1. Ayıbın Sözleşmede Yarar ve Hasarın Geçiş Anında Var Olması Gereklidir

Konvansiyon'un 36/1 maddesinde ayıbın, hasarın alıcıya geçtiği anda var olması gerektiği öngörülmektedir. Hasarın geçişi anında var olan ayıbın, daha sonra ortaya çıkması neticeyi değiştirmeyecektir²⁶.

Bu konu ile alakalı bir kararda elinde ressam Henry van de Velde'ye ait olduğunu belirten bir şahıs, bunu bir antikacıya satar. Ancak antikacı uzman görüşlerine başvurduktan sonra resmin bu ressama ait olmadığını öğrenir ve sözleşmeden dönmek isteğiyle dava açar. Mahkeme sözleşmenin yapıldığı ve malın teslim edildiği anda resmin bu ressama ait olmadığı ile alakalı herhangi bir bilginin ve delilin olmadığını dolayısıyla da bir ayıplı ifanın olmadığına karar verir. Ayrıca mahkeme resmin bu ressama ait olmadığını daha sonra ortaya çıkmasının bu resmi ayıplı hale getirmeyeceğini, çünkü sözleşmeye dayalı sorumluluk esasına göre alıcı sadece resmin teslimi anında bunun o ressama ait olduğu beklentisinde olabileceğini ifade etmiştir. Resmin bir uzman tarafından o ressama ait olmadığını daha sonra yani resmin tesliminden sonra ortaya çıkarılması satıcının teslim borcunu tam olarak yerine getirdiği anlamına gelmektedir. Ancak diğer taraftan m. 36/2'ye göre hasar riskinin alıcıya geçtiği teslim anından sonra ortaya çıkan ayıplardan dolayı da satıcının sorumluluğu söz konusudur. Dolayısıyla satıcının resmin o ressama ait olmamasından dolayı bu teslimden sonra ortaya çıksa bile sorumluluğu ve seçimlik bir hak olarak sözleşmeden dönme hakkı vardır. Bu nedenle mahkemenin vermiş olduğu karar kanaatimizce yerinde değildir²⁷.

Konvansiyon'un 36/2 maddesinde, malların belli bir garanti süresince, kullanım amacı veya özel bir amaca uygun olarak, aynı kalite ve özelliğini devam ettireceği konusunda satıcı tarafından bir taahhütte bulunulması halinde, bu taahhüde aykırı bir ayıbın ortaya çıkması halinde, satıcının sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu maddenin amacı biraz şüphe doğurmaktadır. Çünkü mala ilişkin verilen garantiler zaten m. 35/1'de belirtilen mala ait taahhüt edilen özellikler kapsamına girmektedir. Bunun için ayrıca bir düzenleme yapılması şüphe uyandırmakla birlikte bunun alıcının ispat mükellefiyetini azaltmak gayesi taşıdığı ifade edilmektedir²⁸. Özellikle satıcının garanti kapsamında olmayan

²⁶ Türk Hukuku'ndaki benzer durum için bkz. **ZEVKLİLER**, s. 92, **TANDOĞAN**, s. 175; **YAVUZ**, s. 94.

²⁷ **KRUISINGA**, s. 35.

²⁸ **SCHLECHTRIEM**, s. 22.

ayıp ve kusurların (mesela malların kullanım kılavuzuna uygun kullanılmaması halinde olduğu gibi) ortaya çıkması halleri m. 36/2 kapsamına girecektir²⁹.

2. Maldaki Ayıbın Önemli Olması Gereklidir

Konvansiyon'da, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanabilmesi için ayıbın önemli olup olmaması ile alakalı açık bir hüküm olmasa dahi doktrin³⁰ ve mahkeme tatbikatında³¹ ayıbın önemli olması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak sözleşmenin fesh edilmesinin (m. 49/1(a); m.51/2) veya malların değiştirilmesinin (m.46/2) ancak sözleşmeye aykırılığın esaslı olması (*fundamental breach*) halinde mümkün olabileceği ifade edilmiştir. Ancak buradan ayıbın ortaya çıkması için mutlaka sözleşmenin esaslı olarak bozulması gerektiği manası çıkarılmamalıdır. Bu derecede olmayan ancak önemli olan kusurların ayıp olarak kabul edilebileceği anlaşılmalıdır. Bundaki temel ölçü ise malın değerinde herhangi bir azalmanın olup olmadığıdır. Eğer bir azalma varsa bu durumda ayıbın varlığı için yeterli kabul edilecek ve malın değerinden indirim veya tamir gibi seçimlik haklardan alıcının istifade etme imkanı doğacaktır. Türk Hukuku'nda ise Kanun'da açıkça belirtilmese de ayıbın önemli olmasında ayıp nedeniyle mal değerinin veya elverişliliğinin azalması, o iş çevresindeki genel anlayışa göre sözleşmenin yapılmamasını veya satım

²⁹ **BOLLEE**, Sylvian, “The Theory of Risk in the 1980 Vienna Sale of Foods Convention”, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1999-2000, s. 282.

³⁰ **KRUISINGA**, s. 36.

³¹ Bu konuda İsviçre'de verilmiş iki karar örnek olarak verilebilir. Bunlardan birincisi Zürih Kanton mahkemesinin Eylül 1998'de verdiği bir karardır. Bu kararda mahkeme davalının hazırlamış olduğu katalogdaki küçük harf hatalarının, katologun değerini azaltıcı nitelikte olmadığı için ayıp olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiş ve alıcının ücret ödemediği için imtina etmesini haksız bulmuştur. Mahkeme ayıpların sözleşmenin esasını etkileyecek nitelikte olmasa bile, malın değerinde bir azalma oluşturması halinde ayıp olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980921s1.html>

Yine aynı mahkeme tarafından Kasım 1998'de verilen bir kararda, farklı ölçüde gönderilen paltoların ayıplı olarak kabul edilemeyeceği, bu paltoların aynı ölçüde gönderilmiş olmasına rağmen kusurlu olmuş olsa bile, malın değerinde bir azalma olmaması halinde sözleşmeye bir aykırılığın olmayacağı ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanılamayacağı ifade edilmiştir.

<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130s1.html>

Her iki kararda da yapılan ifalardaki küçük hataların (minor discrepancies) malların sözleşmeye uygunluğunu ortadan kaldırmayacağı açıkça görülmektedir.

parasının daha az olarak tespit edilmesi neticesini ortaya çıkarması doktrinde bir kriter olarak kabul edilmiştir³².

3. Alıcının Mükellefiyetlerini Yerine Getirmiş Olması Gereklidir

Konvansiyon'da alıcının ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmesi için, muayene (m. 38) ve ihbar (m. 39) mükellefiyetlerini yerine getirmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Fakat eğer satıcı maldaki ayıpları biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve bu ayıplarla alakalı alıcıya bilgi vermemişse, alıcının mükellefiyetlerini yerine getirmediği iddiasında bulunamayacaktır (m.40). Ayrıca satıcının iki yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği itirazında bulunmaya da hakkı olmayacaktır. Satıcının maldaki ayıpları bilmesi veya bilmesi gerekmesi kasıt veya ağır ihmâl halinin varlığını gerekli kılmaktadır. Fakat buradaki bilgisizliğin net olarak bizzat ayıba ilişkin olması gereklidir. Bununla alakalı olarak Karlsruhe mahkemesinin 1997 yılında verdiği bir kararda, yer koruyucu niteliğe sahip bir kaplama malzemesinin yerinden sökülmesi halinde yapıştırıcısının yüzeyde kalmasının satıcının bilgisi ve öngörüsü dahilinde olmasının kendisinden beklenemeyeceği ve iddianın soyut olması nedeniyle satıcının ayıba karşı tekeffülden sorumlu olmayacağı belirtilmiştir³³. Görüldüğü gibi satıcının maldaki ayıpları hile ile gizlemesi halinde satıcı sadece alıcının mükellefiyetlerini yerine getirmediği iddiasında bulunabilecektir. Türk Hukuku'nda satıcının maldaki ayıbı hile ile gizlemesi halinde ayıba karşı tekeffülü satıcı lehine sınırlayan şartların geçersiz olacağı ifade edilmiştir (BK. m. 196)³⁴. Görüldüğü gibi burada Konvansiyon'dan farklı olan birinci husus tarafların ayıba karşı tekeffülü sınırlayan her tür anlaşmasının hile halinde geçersiz sayılmasıdır. Konvansiyonda ise satıcının, alıcının mükellefiyetlerini zamanında yerinde getirmediği iddiasında bulunmayı engelleyecektir. Yoksa satıcının ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumluluğunu azaltan hükümlere herhangi bir tesiri olmayacaktır. Konvansiyondan farklı olan ikinci husus ise hilenin ancak hile kastının varlığı halinde ortaya çıkması gerekirken, 40. maddede belirtilen durumun ağır ihmâl ile de gerçekleşebilmesi halidir. Gerçekten satıcının bu durumda sadece kasıtlı olmasını aramak ve bunu ispat etmek alıcıyı zor durumda bırakacak neticeler doğuracaktır³⁵.

a. Muayene Külfeti

Alıcının malları muayene külfeti Konvansiyon'un 38. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre alıcının malları durumun gerektirdiği en kısa zaman içerisinde incelemesi veya incelettirmesi gereklidir. Bu incelemenin amacı

³² YAVUZ, s. 87; ZEVKLİLER, s. 90.

³³ CLOUT no. 230. www.uncitral.org

³⁴ YAVUZ, s. 87; TANDOĞAN, s. 176.

³⁵ KRUISINGA, s. 111.

malların sözleşmede belirtilen nitelikleri taşıyıp taşımadığı, yani ayıplı olup olmadığını tespit etmektir. Buradaki makul (*reasonable*) incelemenin mahiyetini uluslararası uygulama belirleyecektir. Konvansiyon'un 9. maddesi alıcı ve satıcının, uluslararası teamül veya kendi aralarında tatbik etmiş oldukları uygulamalar ile bağlı olacaklarını belirtmiştir. Aynı maddenin ikinci bendinde ise tarafların bildiği veya uluslararası ticarete o tipteki bir sözleşme ile alakalı olarak bilmesi gerektiği teamülleri zımni olarak sözleşmeye dahil edebilecekleri belirtilmiştir. Dolayısıyla buradaki incelemenin kapsamını da uluslararası ticarete o türdeki satım sözleşmelerindeki teamül hükümlerine göre belirleneceği sonucuna varılabilecektir. UNCITRAL Sekreterliği 38. madde ile ilgili yorumunda makuliyetin ölçüsünün tayin ile alakalı olarak, alıcının var olan bütün ayıpları tespit etmek mecburiyetinde olmadığını belirtmiştir. Ayrıca buradaki durumun gerektirdiği makuliyetin tespitinde sözleşme ile kararlaştırılan yöntem veya uluslararası ticaretteki o tür sözleşmelerde uygulanan metoda bağlı olarak bir incelemenin yapılması gerektiği ifade edilmiştir³⁶. Burada alıcıdan çok teknik bir analiz yapması beklenmemelidir³⁷. Alıcı sadece normal bir inceleme ile tespit edebileceği ayıplardan sorumlu olacaktır. Varış yerinde açık olan konteynırların incelenmesi mümkündür. Ancak kapalı olan konteynırların malların boşaltılmasına kadar incelenmesi mümkün değildir ve makul bir zamanın geçmesi gereklidir. Alıcının malların tamamını ayrı ayrı incelemesi gerekli değildir. Konvansiyon'da Türk hukukundan farklı olarak belli bir inceleme süresi verilmiş değildir. Ancak durumun gerektirdiği en kısa ve uygun zamanda bu incelemenin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu zamanın tespitinde malların ambalajı, niteliği, malın satıcının kendisi için mi kullanacağı yoksa tekrar satacak mı olduğu, malın ne kadar sürede bozulacağı, alıcının işletmesinin büyüklüğü, malların miktarı, incelemenin maliyeti gibi hususlar etkili olacaktır. Malların çok kompleks bir yapıda olması da incelemenin süresine etki edecek unsurlardandır³⁸. Türk Hukuku'nda ise tacirler arasındaki ticari satımlarda satılanın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli değilse, alıcı teslimden itibaren sekiz gün içinde satılanı muayene ettirmekle yükümlüdür (TK. m. 25 b.3)³⁹. Her ne kadar Konvansiyon'da net bir muayene müddeti belirtilmiş olmasa da, değişik mahkemelerin uygulamada inceleme için bazı süreleri kabul ettiği görülmektedir. Mesela Alman Karlsruhe mahkemesinin 1997 yılında verdiği bir

³⁶ KRUISINGA, s. 69.

³⁷ BIANCA, Cesar Massimo, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Milan , 1987, s. 279 ve 298.

³⁸ KRUISINGA, s. 70.

³⁹ YAVUZ, s. 88; TANDOĞAN, s. 178-179.

kararda, her olayın şartlarına göre değişebilmesi kaydıyla çabuk bozulan mallar için 3-4 günlük bir süreyi kabul etmiştir⁴⁰. Koblenz mahkemesinin 1999 yılında verdiği bir kararda ise bir haftalık bir sürenin inceleme için yeterli olacağını belirtmiştir⁴¹. Eğer malların teknik özellikleri bir uzmanın incelemesini gerektiriyorsa normal olarak bu süre daha uzun olacaktır.

Konvansiyon'da mesafeli satışlar halinde malların varış yerinde muayene edilebileceği belirtilmiştir (m. 38(2)). Çünkü mallar taşıyıcıya teslim edilmiş olsa bile alıcının fiziki olarak bu malları inceleme imkanı mevcut değildir. Böyle bir durumda alıcının muayene külfetini malların ilk taşıyıcıya teslim edildiği andan itibaren başlatmak hakkaniyete uygun bir çözüm tarzı olmazdı. Konvansiyonda ayrıca malların alıcı tarafından makul bir inceleme süresine sahip olmaksızın bir başka yere gönderilmek üzere yönlendirilmesi ve yüklenmesi halinde, malların nihai olarak vardığı yerde muayene edilebileceği düzenlenmiştir (m. 38(3)). Ancak satıcı sözleşmenin imzalanması sırasında malların bu şekilde bir başka yere hemen gönderileceğini bilmelidir veya bilmesi gerekmektedir. Böyle bir hükmün konulması satıcının lehinedir. Çünkü malların başka bir yere daha gönderilecek olması, ihbar süresini satıcının hiç beklemediği bir şekilde uzatmış olacaktır. Çünkü muayene ilk varış yerinde değil, son varış yerinde yapılabilecektir. Dolayısıyla satıcının böyle bir durumu sözleşme yapılırken bilmesi onun faydasıdır. Aksi takdirde hiç beklemediği bir zamanda hiç beklemediği bir taleple (mesela malların değiştirilmesi talebi ile) karşılaşabilecektir. Tabi burada önemli olan bir diğer husus alıcının ilk varış yerinde inceleme için yeterli bir süreye sahip olup olmadığıdır. Bunda da malların ilk varış yerindeki bulunma süresi ehemmiyet kazanmaktadır. İlk alıcının malların son alıcıya ulaşmada sadece bir aracılık fonksiyonunu üstlenmesi halinde, makul bir inceleme süresinin olmayacağı söylenebilecektir. Ancak alıcı malları kendi deposunda uzun bir müddet tutma durumundaysa yeterli inceleme süresinin olduğu kabul edilecektir.

b. İhbar Külfeti

ULIS m. 39'da alıcı ayıbın farkına vardığı veya farkına vermesi gerektiği anda "*derhal*" (*promptly*) ayıbı satıcıya ihbar etmek zorunda olduğu düzenlenmişti. Buradaki derhal kavramı çok sert ve katı bir kural olarak yorumlandığı için Konvansiyon'da daha farklı bir düzenleme yapılarak "makul olan bir süre içinde" (*within a reasonable time*) kavramı kullanılmıştır. Bu kavram daha esnek ve her olayın durumuna göre değişik şekilde uygulanabilir

⁴⁰ CLOUT no: 285. www.uncitral.org

⁴¹ CLOUT no: 359. www.uncitral.org

niteliktedir⁴². Türk hukukunda da *derhal* kavramı kullanılmış (BK m. 198) ancak doktrinde bu kavram, işin ve durumun gerektirdiği normal bir süre içinde, gecikmeden ayıbın satıcıya ihbarda bulunması gerektiğini ifade ettiği şeklinde yorumlanmıştır⁴³. Aslında bu görüş Konvansiyon'daki *derhal* kavramının yorumlanmasında da aynen muhafaza edilmiştir. Alıcı herhalükarda ayıbı fark ettikten sonra ihbar için makul bir süreye ihtiyaç duyacaktır⁴⁴. Dolayısıyla bazı durumlarda makul süre ayıbı öğrendikten sonra derhal ihbar olarak yorumlanabilecektir.

Yukarıda ifade edildiği gibi malların nitelik miktar ve özellik itibarıyla sözleşmede belirtilenden farklı olması halinde de ayıplı mal olarak kabul edileceği için, farklı bir mal teslimi yada eksik miktarda mal teslimi halinde de, bu haller ayıp olarak kabul edildiğinden ihbarda bulunulması gerekmektedir⁴⁵. Aksi takdirde alıcı ayıba karşı tekeffüle ilişkin haklardan istifade edemeyecektir.

Konvansiyon hükümlerinin tamamlayıcı karakterde olması⁴⁶, tarafların sözleşme ile 39. madde hükmünün uygulanmasını engelleyerek net bir ihbar süresi belirleyebilmelerini mümkün kılacaktır. Mesela ICC'nin uluslararası satış sözleşmeleri ile alakalı olarak hazırlanmış olduğu model sözleşmenin 11. maddesinde, alıcının maldaki ayıbı öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği andan

⁴² SONO, Kazauki, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Milan, 1987, s. 305.

⁴³ Ticari satışlarda ayıp açıkça belli ise ihbar süresi 2 gündür. Ayıp hile ile gizlenmiş ise satıcı sürenin geçirildiği iddiasında bulunamaz. Bkz. YAVUZ, s. 89; ZEVKLİLER, s.94

⁴⁴ KRUISINGA, s. 76.

⁴⁵ Eksik ifa ve aliud halinde Türk Hukuku'nda genel anlamda borca aykırılığa ilişkin BK. 96 vd hükümlerinin uygulanacağı ve bu konuda ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlere müracaat edilemeyeceği yukarıda ifade edilmişti. Dolayısıyla Türk Hukuku'nda bu durumlarda alıcıya herhangi bir ihbar mükellefiyeti getirilmiş değildir.

⁴⁶ Konvansiyon hükümlerinin ikinci derecede bir hukuk kaynağı olması ve tarafların konvansiyon hükümlerinin uygulanmasını engelleyebilecekleri ile ilgili olarak bkz. STANTON, Heidi, "How to Be or Not to Be: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Article 6", 4 Cardozo Journal of International & Comparative Law (1996) 423-449; Tarafların aksini kararlaştıramayacakları tek maddenin 12. madde olduğu ile alakalı olarak bkz.. SCHROETER Ulrich G "Freedom of contract: Comparison between provisions of the CISG (Article 6) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law", s. 261 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/>

itibaren 15 gün içinde yazılı olarak satıcıya ihbarda bulunması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁷.

Alıcının dışarıdan malların istenilen nitelikte olup olmadığı ile alakalı olarak bir gözetim raporu istemesi halinde, kendisine bununla alakalı rapor takdim edildiği anda mallardaki ayıbı öğreneceğinden, süre, ilgili belgelerin kendisine takdim edildiği andan itibaren başlayacaktır.

c. Muhafaza Külfeti

Alıcının muhafaza külfeti Konvansiyon'un 86-88. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelere göre alıcı malların ayıplı olması nedeniyle bunları kabul etmek istemiyorsa (sözleşmeden dönme, malların tamiri veya yenisiyle değiştirilmesi haklarından birini kullanması halinde) malların muhafazası için satıcı hesabına gerekenleri yapmak mecburiyetindedir. Ancak satıcının malların gönderildiği yerde bir temsilcisinin bulunması halinde alıcının böyle bir mükellefiyeti olmayacaktır. Satıcının bu malları makul bir sürenin geçmesine rağmen geri almaması veya malların muhafazası için gereken masrafları ödememesi halinde, satıcıya ihbarda bulunmak şartıyla satmak hakkına da sahiptir. Eğer satım konusu mallar çabuk bozulabilir nitelikte ise veya bunların muhafazası çok masraflı ise alıcı yine satıcıya ihbarda bulunmak şartıyla bunları satmak için gerekenleri yapmak zorundadır. Türk Hukuku'ndan farklı olarak alıcı malların durumunu iyiniyet çerçevesinde kendisi tespit edecek veya ettirecek ve yine herhangi bir mercinin müdahalesi olmaksızın kendisi sattırabilecektir (BK. m. 201)⁴⁸.

IV. Ayıba Karşı Tekeffülün Geçerli Olduğu Azami Süre

Konvansiyon'un 39 (2) maddesinde alıcının, malları fiili olarak teslim aldığı tarihten itibaren iki yıl içinde maldaki ayıbı satıcıya bildirmesi gerektiği belirtilerek, satıcının ayıptan doğan sorumluluğun azami süresi belirlenmiştir. Burada malın mülkiyetinin ilgili belgelerin teslim edilmesiyle alıcıya geçtiği veya ilk taşıyıcı malların teslim edilmesiyle zilyetliğin alıcıya geçtiği an değil, alıcının malları fiziki olarak teslim aldığı an, iki yıllık sürenin başlangıcı için esas alınacaktır. Ancak bu iki yıllık süre emredici nitelikte olmadığı için, mallar ile alakalı garanti süresinde olduğu gibi uzatılıp, kısaltılabilecektir. Ayrıca satıcının bu ayıbı bildiği veya bilmesi gereken ayıpları alıcıya haber vermemesi durumunda yani hile ile ayıpları gizlemesi halinde, zamanaşımı süresinden istifade edemeyecektir (m.40) Türk Hukuku'nda ise ticari satımlarda ayıba karşı

⁴⁷ KRUISINGA, s. 77.

⁴⁸ Türk Hukuku'nda mesafeli satışlarda mal kısa sürede bozulacak nitelikteyse alıcı malın bulunduğu yerde sattırmaya yetkili hatta satıcının çıkarı gerektiriyorsa zorunludur. Bkz. ZEVKLİLER, s. 96; YAVUZ, s. 90

tekeffülle ilişkin zamanaşımı süresi teslim tarihinden itibaren 6 aydır (BK. m. 207)⁴⁹.

V. Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcundan Sorumluluğunun Kapsamı

Satıcının satış sözleşmesine aykırı hareket etmesi halinde alıcının başvurabileceği seçimlik haklar Konvansiyon'un 46-52 maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca alıcının 74-77. maddeleri uyarınca uğramış olduğu zararı tazmin ettirme imkanı da mevcuttur. Buna göre ayıplı bir ifa halinde alıcının sahip olduğu seçimlik hakları şu şekildedir.

1. Malın değiştirilmesini talep etmek (m.46 (2))
2. Malın tamirini isteme (m.46(3))
3. Satıcıya ilave zaman verme (m.47)
4. Sözleşmeden dönme (m.49)
5. Bedelden indirim isteme (m.50)
6. Tazminat isteme (m.74-77)

Konvansiyon, alıcının malın değiştirilmesini yada malın tamirini isteyebilmesi için ilave bir şart olarak, bu seçimlik hakların Konvansiyon kapsamına girmeyen satış sözleşmelerinde yani iç hukuka tabi sözleşmelerde uygulanabilir olması esasını getirmiştir. Eğer o ülkenin borçlar kanununun ayıba karşı tekeffül hükümlerinde alıcıya bu seçimlik haklardan istifade etme hakkı verilmemişse, alıcı uluslararası satış sözleşmesinde de mahkeme bu hakları kullanmasına müsaade etmeyebilecektir (m. 28). Bu hükmün konulmasının sebebi farklı hukuk sistemlerindeki uygulamalar arasındaki çatışmayı önleyerek bütün sistemlerde uygulanabilir bir ortak yapı oluşturmaktır⁵⁰. Alıcı, nitelik itibariyle bu haklar ile çatışmayan haklardan istifade edebilecektir Alıcının satıcıya karşı dönmenin dışındaki (tazminat isteme hariç) diğer hakları kullanabilmesi için sözleşmeyi ayakta tutma isteğinin olması gereklidir. Yani alıcı sözleşmeden dönmemiş olmalıdır. Nitelik itibariyle dönme hakkıyla bağdaşmayan hakları kullanamayacaktır. Ayrıca yine nitelik itibariyle birbiriyle bağdaşmayan birden fazla hakkı da kullanamayacaktır. Mesela, alıcı hem sözleşmeden dönüp hem de malın değiştirilmesini talep edemeyecektir. Diğer

⁴⁹ ZEVKLİLER, s. 106; TANDOĞAN, s. 20; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.104.

⁵⁰ ZIEGEL, Jacob S, "The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives", International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Editör, Matthew Bender, Galston & Smit, 1984, s.9.9.

taraftan malın değiştirilmesi ile beraber, malın kendisine geç gelmesinden dolayı uğradığı zararı birlikte talep edebilecektir. Fakat (gecikmiş ifa hali hariç) bedelden indirimi ve tazminatı birlikte isteyemeyecektir. Çünkü her iki hak da aynı amaca dönüktür.

Alıcının, malın değiştirilmesini ve sözleşmeden dönebilme haklarına müracaat edebilmesi için, aykırılığın sözleşmeyi temelden sarsıcı nitelikte olması (*fundamental breach of contract*) gereklidir. Sözleşmeye aykırılığın bu derecede olmaması halinde ise alıcı sadece bedelden indirim veya malın tamiri seçimlik haklarından birisini seçebilecektir. Türk hukukunda ise Kanun'da alıcının kullanabileceği seçimlik haklar için aykırılığın esastan olması şeklinde bir sınırlama getirilmemiş, sadece ayıbın önemli olması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak alıcının sözleşmeden dönmesinin hakkaniyete aykırı olması durumunda (BK. m. 202 f.2), hakimin takdir yetkisini kullanarak bedelden indirim yapılmasına karar vermesi, yada alıcının satım parasının indirilmesini seçmesi durumunda, satım parasının tümünün indirilmesi gereğinin ortaya çıkması halinde alıcının satımdan dönme yolunu seçmesine karar verebilecektir. (BK. m. 202 f. son)⁵¹.

Konvansiyon'da alıcının iki halde sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi satıcının sözleşmede belirtilen borçlarına aykırı hareket etmesi ve bu aykırılığın sözleşmeyi temelden sarsması durumudur (m. 49/ 1(a)). Diğeri ise satıcının malı teslim etmemesi durumunda alıcının satıcıya m. 47/(1) uyarınca ilave zaman vermesi ve bu sürenin geçmesine rağmen satıcının yine malı teslim etmemesi halidir. İkinci hal doğrudan doğruya malın hiç teslim edilmemesi (*non-delivery*) halinde geçerli olacaktır. Dolayısıyla ayıplı mallardan dolayı sözleşmeden dönülebilmesi m. 49/ 1(a)'ya göre mümkün olabilecektir. Yani ayıplı ifanın sözleşmeyi temelden sarsıcı nitelikte olması gereklidir. Burada öncelikle sözleşmeye aykırılığın sözleşmeyi temelden sarsıcı nitelikte olması durumunun ne olduğunu izah etmek mecburiyeti vardır. Sözleşmeye temelden aykırılık ULIS'in 10. maddesinde, önemsiz nitelikteki sözleşmeye aykırılıklardan dolayı sözleşmeden dönülmesini önlemek amacıyla düzenlenmiştir⁵². Konvansiyon'un 25. maddesinde sözleşmenin temelden sarsılması kavramını tanımlamıştır. Buna göre taraflardan birisi tarafından işlenen sözleşmeye aykırılığın, sözleşmeyi temelden sarsıcı nitelikte olması için, bu aykırılığın diğer tarafın sözleşmeden elde etmeyi düşündüğü faydayı büyük ölçüde engelleyerek onu zarara uğratması halinde

⁵¹ YAVUZ, s. 102; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.100.

⁵² SINGH, Lachmi, United Nations Convention on Contracts for th International Sale of Goods (1980) (CISG): An examination of the buyer's right to avoid the contract and its effect on different sectors of the (product) market, Şubat, 2006. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bib2.html>

ortaya çıkacağı belirtilmiştir. Ayrıca 25. maddenin ikinci fıkrasında, sözleşmeye aykırı davranışta bulunan tarafın bu neticeyi görmemesi veya aynı şartlardaki makul bir şahsın görmesinin beklenemeyeceği durumun varlığı halinde sözleşmenin temelden sarsılmasının söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Eğer sözleşmeyi aykırı davranışta bulunan bu davranışının neticelerini önceden görmüşse veya aynı durumdaki makul bir kişi bunu görmelidirse bu durumda sözleşmenin temelden sarsılması mümkün olacaktır. Böyle bir durumda Konvansiyon'un 26. maddesine göre alıcının sözleşmeden dönme isteğini yapacağı bir ihbar ile bildirecektir.

Alıcının sözleşmeden dönme iradesini makul bir süre içinde satıcıya bildirmesi gereklidir (m.49/2(b)). Aynı maddenin (i) bendinde bu sürenin alıcının, sözleşmeye aykırılığı öğrendiği veya öğrenmesinin gerekli olduğu andan itibaren başlayacağı belirtilmiştir. Aksi takdirde sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır. Doktrinde yukarıda da incelemiş olduğumuz alıcının ayıbı ihbar ve muayene mükellefiyeti ile (m.39(1)) buradaki sözleşmeden dönme iradesinin satıcıya bildirilmesinin aynı süre içerisinde yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁵³. Bu iki bildirim de aynı süre içerisinde yapılması gerekip gerekmediğini her bir olayı iyiniyet prensipleri çerçevesinde kendi şartları içerisinde değerlendirerek belirlemekte fayda vardır.

Konvansiyon'un danışma kurulu sözleşmeden dönme beyanının tabi olduğu makul sürenin, her bir hadise için farklı ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Bazı durumlarda bildirim aynı gün içerisinde yapılması gerekebilecekken bazen daha uzun bir sürede yapılabilecektir. Bu tamamen malın niteliğine, ayıbın derecesine, tarafların tabi olduğu ticari teamüle göre değişebilecek bir durumdur⁵⁴.

Alıcının maldaki ayıplardan dolayı sözleşmeden dönmesi halinde neleri tazmin ettirebileceği konusu Konvansiyon'un 74-77. maddelerinde düzenlenmiştir. 75. maddede alıcının makul şartlarda ve uygun bir zaman dilimi içerisinde aynı malı başka yerden tedarik etmesi durumunda sözleşmede kararlaştırdıkları bedel ile sonradan aldığı mala fiili olarak ödediği bedel arasındaki farkı satıcıdan tazmin ettirebileceği düzenlenmiştir. Burada alıcının sözleşme konusu mal yerine ödmesi gereken bedelin fiilen aldığı mal için ödediği bedelden daha yüksek olduğu varsayılmaktadır. Fakat fiilen alınan malın

⁵³ **KORPINEN**, Ari, . "On Legal Uncertainty Regarding Timely Notification of Avoidance of the Sales Contract" (Pace University CISG Database) 2004. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/korpinen.html>,

⁵⁴ CISG Advisory Council, Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 & 39 Opinion No 2, (Pace University CISG Database, 2004) , <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html>

bedelindeki yüksekliğin makul seviyede olması gereklidir. Buradaki makuliyetin hesaplanmasında sözleşme konusu malın miktarı, teslim zamanı gibi durumlar göz önüne alınacaktır⁵⁵. Fakat ikame alımın da dönmeden sonra geçecek makul bir süre içinde yapılması gereklidir. Bu sürenin başlangıcı dönme beyanının yapıldığı anda başlayacaktır⁵⁶. Diğer taraftan 76. maddede, sözleşmeden dönülmesine rağmen böyle bir fiili alımın yapılmaması halinde tazminatın ne şekilde hesaplanacağı belirtilmiştir. Buna göre, sözleşmede belirlenen bedel ile dönme beyanında yapıldığı andaki bu malın piyasadaki cari fiyatı arasındaki, fark tazmin edilecektir. Alıcının malı teslim aldıktan sonra sözleşmeden dönmesi halinde dönme anındaki cari fiyat değil, malların teslim alındığı andaki cari fiyat esas alınacaktır. Cari fiyatın hesaplanmasında malın teslim edilmesi gereken yerdeki piyasa şartları dikkate alınacaktır. Malın teslim edilmesi gereken yerde bu mal ile alakalı cari fiyat tespitinin yapılamaması halinde ise, malın en makul şartlarda en az taşıma masrafı ile tedarik edilebileceği yerdeki cari fiyat nazara alınacaktır. Ayrıca alıcı yoksun kaldığı kar da dahil olmak üzere ayıptan doğan diğer zararlarını da talep edebilecektir (m.74).

Sözleşmeden dönülmesiyle her iki taraf da sözleşmeden doğan borçlarından kurtulurlar. Dolayısıyla tarafların yerine getirmemiş oldukları borçlar ortadan kalkacak, kısmen veya tamamen yerine getirilmiş olan borçlar ise geri verilecektir (m.81). Alıcının aldığı malı aldığı şekliyle geri veremeyecek durumda olması halinde sözleşmeden dönemeyecek ve malların yenisiyle değiştirilmesini talep edemeyecektir (m. 82(1)). Ancak malın geri verilemeyecek olması alıcının kusurunun olmadığı bir nedenden kaynaklanıyorsa alıcı dönme hakkını kullanabilecektir (m.82/2(a)). Dolayısıyla mal alıcının kusuru olmaksızın kısmen veya tamamen yok olmuş yada bozulmuşsa alıcı dönme hakkını kullanabilecektir. Yine alıcı maldaki ayıpları henüz öğrenmeden veya öğrenmesi için gerekli olan makul süre geçmeden bu malları, iş hayatının normal akışı içerisinde bir başkasına satmış veya değişikliğe uğratmışsa dönme hakkını kullanabilecektir (m. 82/2(c)).

Satıcı, alıcının sözleşmeden dönmesi halinde almış olduğu bedeli faiziyle birlikte geri verecektir. Alıcı ise maldan elde etmiş olduğu menfaatleri de geri verecektir (m. 84). Ayrıca satıcı alıcının malı geç teslim alması halinde ve mal bedelinin verilmesi ile malın teslim alınmasının aynı anda olduğu peşin satışlarda, alıcının mal bedelini geç ödemesi nedeniyle malı teslim etmeme hakkına sahiptir (m. 85). Burada satıcı malların muhafazası için gereken önlemleri almak zorundadır. Bu borcunu yerine getirirken yapmış olduğu masrafları alıcıdan talep edebilecektir.

⁵⁵ **KNAPP**, Victor, Bianca Bonell Commentary on the International Sales Law, Milan, 1987, s. 550.

⁵⁶ **KNAPP**, s. 551.

Satıcı iki durumda malların tamiri veya değiştirilmesi seçimlik haklarından birisini talep etmek mecburiyetindedir. 37. maddeye göre, satıcı malları teslim tarihinden önce teslim etmişse, alıcı için çekilmez bir durum ve büyük masraflar oluşturmaması şartıyla teslim tarihine kadar mallardaki eksiklikleri ve ayıpları giderebileceği gibi malları ayıpsız misliyle de değiştirebilir. Bu maddenin ilk bakışta alıcının sahip olduğu, ayıp dolayısıyla ortaya çıkan sözleşmeye temelden aykırılık nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını sınırlayıcı bir etki oluşturduğu söylenebilir. Fakat bu madde esas itibarıyla gereksizdir. Çünkü teslim tarihine kadar sözleşmeyi temelden sarsıcı nitelikte bir aykırılığın olması ancak 72(1) maddesinde belirtilen satıcının borcunu ödeme gücünü veya güvenilirliğini ciddi şekilde kaybetmesi halinde mümkün olacaktır. Dolayısıyla teslim tarihine kadar alıcının sözleşmeden dönmelerini önlemek için tek gereken satıcının malların tamirini veya değiştirilmesi isteğini alıcıya bildirmesidir. Böylece satıcı ödeme gücüne düşmediği müddetçe alıcının sözleşmeden dönme imkanı olmayacağından tek taraflı olarak malların tamirini veya değiştirilmesini gerçekleştirebilecektir⁵⁷. Satıcı ikinci olarak malların tesliminden sonra da bu haklardan birisini talep edebilecektir (m.48(1)). Buna göre masraflarına kendisi katlanmak ve borcun ifasını makul olmayan bir süre geciktirmemek ve alıcıya gecikmeden dolayı makul olmayan bir zarar vermemek kaydıyla malları değiştirme veya tamir imkanına sahip olacaktır⁵⁸. Burada teslim tarihinde var olan bir ayıptan dolayı sözleşmeye bir aykırılık ve bundan doğan doğrudan zararın tazmin edilmesi söz konusu olacaktır. Mesela, eğer teslim edilen bir makina ayıplı ise ve bu ayıp sonradan tamir edilmiş ve giderilmiş olsa, makinanın çalışmadığı süre için doğan zarar m.74-77. uyarınca satıcı tarafından karşılanacaktır. 48(1) hükmü sadece bunu tasdik etmektedir⁵⁹. Alıcının sözleşmeden dönmeleri ile satıcının seçtiği onarım veya değiştirme hakkının sonradan ortadan kaldırılıp kaldırılmayacağı konusu çok net değildir. Schlechtriem bu konuda verilecek cevabın müspet olduğunu yani satıcı önceden onarım yapma isteğini ifade etmiş olsa dahi alıcı dönme hakkına sahip olacak ve sözleşmeden dönebilecektir⁶⁰.

Alıcının sahip olduğu bir diğer seçimlik hak ise mal bedelinin indirilmesini talep etmektir (m. 50). Bu hak birçok kıta avrupalı hukuk sisteminde olsa da, anglo sakson hukuk sistemlerinde bulunmamaktadır⁶¹. Buna

⁵⁷ SCHLECHTRIEM, s. 6-28.

⁵⁸ SCHLECHTRIEM, s. 6-28.

⁵⁹ SCHLECHTRIEM, s. 6-29.

⁶⁰ SCHLECHTRIEM, s. 6-29.

⁶¹ SHIN, Chang-Sop, "Declaration of Price Reduction under the CISG Article 50 Price Reduction Remedy", 25 Journal of Law and Commerce (2005-06), s. 349.

göre malların ayıplı olması halinde alıcı, mal bedelini ödemiş olsa bile indirim talep edebilecektir. 50. maddede belirtilen usule göre, satılanın ayıplı değeri ile ayıpsız değeri arasındaki oranın sözleşmede kararlaştırılan satım parasına uygulanması suretiyle ödenecek bedel bulunacaktır. Görüldüğü gibi burada nisbi metodun uygulanması söz konusudur⁶². Mal bedelinin sözleşme yapıldığı andan malların teslim edileceği ana kadar düşmesi halinde de yukarıda ifade edilen usule göre alıcının indirim talep edebileceği doktrinde belirtilmiştir⁶³. Bedelden indirim isteme hakkı 45. maddede belirtilen tazminat isteme hakkıyla beraber kullanılabilen bir hakktır. Mesela satıcı 79. maddeye göre⁶⁴ tazminat ödemedi kurtulsa bile alıcı bedelden indirim talep edebilecektir. Alıcının bedelden indirim isteyebilmesi için ayrıca bir ihbarda bulunmasının gerekmemektedir. Sadece ayıbın varlığını satıcıya bildirmiş olmak (m.39) yeterlidir⁶⁵.

SONUÇ

Görüldüğü gibi Konvansiyon'da ayıba karşı tekeffül hükümleri bütün hukuk sistemlerindeki düzenlemeleri de dikkate alır tarzda düzenlenmiştir. Bu şekliyle uluslararası ticari satışlarda geniş katılımlı, her mahkeme tarafından rahatlıkla uygulanabilir bir yapı oluşturulmaya çalışılmıştır. Konvansiyon hükümlerinin uygulanmasının taraflarca serbestçe belirlenebilmesi, bir ayıbın varlığı halinde sözleşmeye uygulanan milli hukukta satış sözleşmelerinde tatbik edilmeyen bir seçimlik hakkın uluslararası ticari satışlara da uygulanmaması gibi düzenlemeler Konvansiyon'un esnek karakterinin bir göstergesidir. Bu niteliğiyle uygulamada Türk Mahkemeleri'nce tatbikinde de herhangi bir zorluk olmayacaktır. Türk Hukuku açısından Konvansiyon'un ayıba karşı tekeffül hükümlerine baktığımızda bazı farklılıkların olduğunu görmekteyiz. Ancak şuan Başbakanlıkta olan Türk Borçlar Kanunu Tasarısında bu farklılıkların büyük oranda giderildiğini söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

1. BIANCA, Cesar Massimo, **Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law**, Milan , 1987.
2. BOLLEE, Sylvian, "The Theory of Risk in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention", Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1999-2000.

⁶² YAVUZ, s. 134.

⁶³ SHIN, s. 349.

⁶⁴ Konvansiyon'da 79. madde ile satıcıya kurtuluş beyyinesi getirme imkanı tanınmıştır.

⁶⁵ SHIN, 352. Aksi görüşteki bir mahkeme kararı için bkz. CLOUT Case No: 83 (Oberlandesgericht München, Germany, Mar. 1994)

3. CISG Advisory Council, Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 & 39 Opinion No 2, (Pace University CISG Database, 2004), <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html>
4. CLOUT Case No: 83
5. CLOUT no: 285. www.uncitral.org
6. CLOUT no: 359. www.uncitral.org
7. CLOUT no. 230. www.uncitral.org
8. CLOUT no. 123. www.uncitral.org
9. EDİS, Seyfullah, **Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 183, Ankara, 1963.
10. HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul, 1992.
11. KEILY, Troy, “Harmonization and The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2003#1.
12. KNAPP, Victor, **Bianca Bonell Commentary on the International Sales Law**, Milan, 1987.
13. KORPINEN, Ari, (2004). “On Legal Uncertainty Regarding Timely Notification of Avoidance of the Sales Contract”, 2004, (Pace University CISG Database). <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/korpinen.html>
14. KRUISINGA, Sonja, **(Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?**, New York, 2004.
15. SCHLECHTRIEM, Peter, “The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Matthew Bender (1984).
16. SCHROETER Ulrich G “Freedom of contract: Comparison between provisions of the CISG (Article 6) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law”, s. 261 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/>
17. SHIN, Chang-Sop, “Declaration of Price Reduction under the CISG Article 50 Price Reduction Remedy”, 25 *Journal of Law and Commerce* (2005-06).
18. SINGH, Lachmi, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) (CISG): An examination of the buyer's

right to avoid the contract and its effect on different sectors of the (product) market, Şubat, 2006. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bib2.html>

19. STANTON, Heidi, “How to Be or Not to Be: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Article 6”, 4 Cardozo Journal of International & Comparative Law (1996).

20. TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, c.I/1, 4. baskı, Ankara, 1988.

21. YAVUZ, Cevdet , **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Baskı, İstanbul, 1994.

22. ZEVKLİLER, Aydın, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 6. Baskı, Ankara, 1998.

23. ZIEGEL, Jacob S, “The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives”, International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Editor, Matthew Bender, Galston & Smit, 1984.

24. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980921s1.html>

25. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130s1.html>

26. <http://www.cisg-online.ch/>

27. <http://www.uncitral.org>

28. <http://www.unidroit.org>

İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN TEK TARAFLI HUKUKİ İŞLEMLER VE ÖZELLİKLE ELEKTRONİK VASİYETNAME

Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ*

ÖZET

Elektronik ticaretin yaygınlaşması hukuki işlemleri de elektronik ortama taşımaya başlamıştır. Elektronik imza kanununun da kabul edilmesiyle birlikte şekle bağlı hukuki işlemlerin en azından bir kısmı elektronik ortamda yapılabilmektedir. Şekle bağlı olmayan hukuki işlemlerin internette yapılmasında ise kuşku bulunmamaktadır. Temsil, iptal ve ilan suretiyle vaad internette yapılabilen tek taraflı hukuki işlemlerdendir. Elektronik imza kanununun yürürlüğe girmesinden sonra da resmi ve merasimli şekil dışındaki diğer şekle bağlı işlemler internette yapılabilmektedir. Evlilik dışı bir çocuğun tanınması elektronik imza ile yapılabilmelidir. Resmi vasiyetname resmi şekle bağlı olduğu için elektronik imza ile yapılamaz. El yazılı vasiyetname ve sözlü vasiyet de elektronik imza ile elektronik ortamda yapılabilmelidir.

ANAHTAR KELİMELER: Elektronik imza, dijital imza, vasiyetname, tanıma, Tek taraflı hukuki işlem.

SOME UNILATERAL LEGAL TRANSACTIONS CAN BE OCCURE IN INTERNET AND ESPECIALLY ELECTRONIC WILL

ABSTRACT

After electronic commerce has become common trade way, legal transactions have been moved to internet area. Electronic Signature act has been effected and made some formal transactions occur in internet. Non formal legal transactions could be acted in internet doubtlessly. Representation, cancellation and promises trough proclamation some non formal transactions can be made in internet. Acknowledgement of a child, hand written will and parol will are some of the unilateral formal legal transactions and can be made with electronic signature in internet.

KEYWORDS: Electronic signature, digital signature, wills, acknowledgement, unilateral legal transaction

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

İnternet¹, çağımızın en önemli iletişim aracıdır. Ticaret alanından eğitime reklâmcılıktan sağlık hizmetlerine hukuk danışmanlığından finans sektörüne kadar pek çok alanda internet vazgeçilmez bir araç olarak kullanılmaktadır². İnternetin bu kadar yaygınlaşması, birçok avantajı da beraberinde getirmesi ticari ve hukukî ilişkileri elektronik ortama taşımıştır. İletişim maliyetlerinin düşmesi, sürekli iletişim sağlanması, verilerin elektronik ortamda saklanabilmesi ve her zaman ulaşılabilmesi gibi avantajlar kişileri elektronik ortama doğru itmektedir. Hatta son zamanlarda bazı sınavlar ve görevler için başvuruların sadece internet üzerinden yapılabiliyor olması ulaşılan noktayı göstermesi açısından önemlidir.

Elektronik ortamın çok geniş, denetimsiz ve anonim olması bazı problemleri de beraberinde getirmektedir. Ancak çağımızın gerekleri bu özelliğine rağmen elektronik ortama olan rağbeti artırmaktadır.

İnternet ortamında girilen ticari ilişkiler bazı hukukî problemleri de beraberinde getirmiştir. Özellikle sözleşme hukukunda şekle bağlı hukukî işlemlerin elektronik ortamda yapılması sorunu önemli bir yer işgal etmiştir. Bu sorunun çözülmesi amacıyla elektronik imza olarak ifade edilen bir uygulama ile soruna çözüm getirilmiştir. Ülkemizde de 23.01.2004 tarih ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu³ ile elektronik ortamda yapılan hukukî işlemler şekle

¹ İnternet, birden fazla haberleşme ağının birlikte meydana getirdikleri, metin, resim, müzik, grafik ve buna benzer dosyalar ile bilgisayar programlarının ve dijital ortamda depolanabilen her türlü verinin paylaşıldığı ve bilgisayarlar aracılığı ile karşılıklı olarak iletildiği, bilgisayarlar arasında kurulmuş bir ağlar ağıdır. Bkz. **SAVAŞ**, Abdurrahman, İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler, Konya 2005, 6.

² **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, Hatice, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun Ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003, 6; **ALTINIŞIK**, Ulvi, Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2000, 26

³ Elektronik imza ve dijital imza kavramları çoğu zaman aynı anlamda kullanılmalarına rağmen birbirlerinden farklıdır. Dijital imza bir bilgisayar ortamı içerisinde belirli şifreleme yöntemleri ile sayısallaştırılmış imzayı ifade ederken elektronik imza sayısallaştırma unsuru olmasa bile farklı elektronik metotlarla atılan imzaları da kapsamaktadır. Bu açıdan bakıldığında elektronik imza, dijital imzayı da içine alan daha geniş bir kavramdır. Dijital imzanın yanında biyometrik imza, (ses taraması ile imza, iris taraması ile imza, retina taraması ile imza, parmak izi ve el izi taraması ile imza) ve smart kart

bağlı olarak yapılabilmektedir. Şimdiye kadar yapılan pek çok çalışmada elektronik imza, elektronik sözleşme, elektronik ticaret konuları üzerinde durulmuş ancak elektronik ortamda yapılabilecek olan tek taraflı hukukî işlemler üzerinde durulmamıştır. Bu eksiklik sebebiyle böyle bir konu üzerinde çalışma gereği duyulmuştur.

Çalışmamızda internet ortamında yapılması düşünülen tek taraflı hukukî işlemlere örnekler verilmiş, bunlar ayrıntılarıyla ele alınmadan internet ortamında yapılmalarından kaynaklanabilecek özellikleri üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda temsil, iptal ve ilan suretiyle vaad, şekle bağlı olmayan tek taraflı hukukî işlemlere örnek olması açısından kısaca incelenmiştir. Daha sonra da şekle bağlı tek taraflı hukukî işlemlerden tanıma ve vasiyetname üzerinde durulmuştur. Arzettiği önem açısından elyazılı vasiyetname ile sözlü vasiyet elektronik ortamın özellikleri göz önünde bulundurularak biraz daha geniş olarak incelenmiştir.

I- GENEL OLARAK TEK TARAFLI HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI

Hukukî işlemlerin belli kriterlere göre tasnif edilerek incelenmesinde hukukî işlemin kurulabilmesi için gerekli olan irade beyanı sayısı da dikkate alınmaktadır. Buna göre bir hukukî işlemin kurulabilmesi için sadece bir kişinin irade beyanı yeterli ise bu tür hukukî işlemlere "tek taraflı hukukî işlemler" adı verilmektedir⁴. Bu tür işlemlerin sayısı çok fazla değildir⁵ ve tanınabilmeleri için

sayılabilecek diğer elektronik imza yöntemleridir. Ancak 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu, bu ismi taşımasına rağmen dijital imzayı düzenlemektedir. Biz de çalışmamızda kanunî terim olması sebebiyle elektronik imza kavramını kullanmayı tercih ettik. Elektronik imza ve dijital imza için bkz. **ALTINIŞIK**, 78 vd.; **KESER BERBER**, L, İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara 2002, 119 vd.; **ORTA**, Mesut, Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara 2005, 35 vd.; **SAĞLAM**, İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007, 154 vd.; **İNAL**, Emrehan, E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmenin Kurulması, İstanbul 2005, 139 vd.; **ERTURGUT**, Mine, Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, 54 vd.

⁴ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, 42; **EREN**, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, 152; **AKINCI**, Borçlar Hukuku Bilgisi, 2. Baskı, Konya 2003, 62; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, 2. Bası, Ankara 2002, 30; **TUĞ**, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2.Baskı, Konya 1994, 4; **REİSOĞLU**, S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2000, 45; **İNAN**, Ali N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984, 63; **TUNÇOMAĞ**, K., Özel Borç İlişkileri, C.2, 3.Bası, İstanbul 1977, 87; **OĞUZMAN**, K./ **BARLAS**, N.,

mutlaka bir kanun hükmüne ihtiyaç bulunmaktadır⁶. Tek taraflı hukukî işlemlere örnek olarak vakıf kurma, tanıma, soybağının reddi, vasiyetname yapma, mülkiyetin terki, azil, sözleşmeden dönme, alım ve önalım haklarının kullanılması, mirasın reddi, işgal ve ihraz⁷ verilebilir.

Tek taraflı hukukî işlemlerin meydana gelebilmeleri için bazen iradenin açıklanması yeterli olmaktadır. Açıklanan bu iradenin hukukî sonuç doğurabilmesi için herhangi bir kimseye yöneltilmesine gerek yoksa bu tür beyanlara "yöneltilmesi gerekmeyen beyanlar" (eski ifadesi ile tevcihi gayri muktezi) adı verilmektedir. Vasiyetname, mülkiyetin terki ve tanıma bu tür beyanlara örnek verilebilir⁸.

Hukukî işlem tek taraflı olmakla beraber hukukî sonuç doğurabilmesi için iradenin bir muhataba yöneltilmesi de gerekebilir. Böyle hukukî işlemlere yöneltilmesi gerekli irade beyanıyla kurulan tek taraflı hukukî işlemler (eski ifadesi ile tevcihi muktezi) adı verilir⁹. Yöneltilmesi gerekli olan irade beyanlarının mutlaka yöneltilmiş olmaları yetmez, bunların aynı zamanda muhataba ulaşması da gerekmektedir. Aksi halde hukukî işlem hüküm ifade etmez¹⁰. Yöneltilmesi gerekli irade beyanları ile kurulan tek taraflı hukukî işlemlere iptal, takas, mirasın reddi, fesih, sözleşmeden dönme ve temsil yetkisi verme örnek olarak gösterilebilir. Bu hukukî işlemlerin yöneltilmeleri gereken muhatap, temsilde olduğu gibi belli bir kişi, veya tanımada olduğu gibi belli bir makam olabilir. Tek taraflı hukukî işlemlerin bir kısmının gerçekleşmesi için belli şekillerde yapılması gerekmektedir. Öngörülen şekle uyulmadan yapılan

Medeni Hukuk , 9. Baskı, İstanbul 2002, 117; Von **TUHR**, A., Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, (çev: Cevat EDEGE), Ankara 1983, 135.

⁵ **EREN**, 153; **KILIÇOĞLU**, 31; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 42.

⁶ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 42; **EREN**, 153; **TUNÇOMAĞ**, 88; **İNAN**, Ali N., 64.

⁷ İhrazın hukukî işlem değil hukukî fiil olduğu ve irade beyanına gerek bulunmadığı ifade edilmekle beraber bunlara hukukî işlemlere ilişkin kuralların kıyasen tatbik edileceği belirtilmektedir. Bkz. **OĞUZMAN**, K./ **SELİÇİ**, Ö., Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 8. Bası, İstanbul 2001, 560; **EREN**, 152, dn. 3.

⁸ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 42; **EREN**, 158; **İNAN**, Ali N., 64; **TUNÇOMAĞ**, 88; **REİSOĞLU**, 43.

⁹ **İNAN**, Ali N., 64; **TUNÇOMAĞ**, 88; **REİSOĞLU**, 43; **AKINCI**, 62-63; **İNAN**, Ali N., 63; **EREN**, 153.

¹⁰ **İNAN**, Ali N., 63; **AKINCI**, 63; **TUĞ**, 4.

tek taraflı hukukî işlem, kendisinden beklenen hukukî sonucu doğurmaz. Bu durumda vasiyetname gibi tek taraflı hukukî işlemler şekle uyulmadan yapıldıklarında iptal edilebilirler¹¹ ve diğer şekle bağlı tek taraflı hukukî işlemler ise geçersiz olurlar¹².

Çalışmanın bu bölümünde tek taraflı hukukî işlemleri teker teker ele almak yerine önemli olan bazılarının elektronik ortamda yapılıp yapılamayacağı hususu üzerinde durulmuştur. Konunun daha iyi aydınlatılabilmesi bakımından şekle bağlı olan ve olmayan tek taraflı hukukî işlemler ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

II. Şekle Bağlı Olmayan Tek Taraflı Hukukî İşlemler

Bir hukukî işlemin geçerli olarak kurulabilmesi, kanun koyucu tarafından herhangi bir şekle bağlı tutulmamişsa bu işlem herhangi bir şekilde yapılabilir. Burada hukukî işlemin şekle bağlı olmasından amaç bu hukukî işlemi oluşturan irade beyanı veya beyanlarının şekle bağlı olmasıdır. İrade beyanının yapılması şekle bağlı değilse bunun sözlü veya yazılı olması ya da fiilî davranışlarla yapılması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır¹³. Aşağıda önemine binaen temsil yetkisi verme, iptal ve ilan suretiyle vaad gibi elektronik ortamda yapılabilen tek taraflı hukukî işlemler üzerinde durulmuştur. Elektronik ortamda yapılması mümkün olmayan veya mümkün olsa bile nadiren yapılabilecek olan işlemler incelenmemiştir.

A) Temsil Yetkisi Verilmesi

Bir kimsenin, hüküm ve sonuçları başka bir kişinin hukuk alanında doğmak üzere o kişinin ad ve hesabına hukukî işlem yapmasına temsil adı verilir¹⁴. Temsil yetkisi verilmesi kural olarak şekle bağlı olmayan bir hukukî

¹¹ **EREN**, Fikret, Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara 1966, 87 vd.; **TUĞ**, 116; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, 100; **AYAN**, Mehmet, Miras Hukuku, 3. baskı, Konya 2005, 120; **OĞUZMAN**, K., Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1995, 189; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, N. :Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, 338; **DURAL**, M./**ÖZ**, T., Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku, Yenilenmiş 7. Baskı İstanbul, 2003, 224.

¹² **TUNÇOMAĞ**, 152; **EREN**, 239; **İNAN**, Ali N., 126; **REİSOĞLU**, 63; **OĞUZMAN/BARLAS**, 134.

¹³ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 99.

¹⁴ **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 166 vd.; **EREN**, 383; **İNAN**, Ali N., 210; **OĞUZMAN**, K./ **ÖZ**, T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000, 155; **ESENER**, T., Mukayeseli hukuk ve Hususiyle Türk-

işlemdir. Bu şekilde verilebilen temsilin dolaylı veya doğrudan temsil olması arasında fark yoktur¹⁵. Bu sebeple, verilmiş bir temsil yetkisinin geri alınması da herhangi bir şekle bağlı değildir.

Doğrudan temsilde, temsilcinin yapması gereken işlem şekle bağlı ise, temsil yetkisinin şekle bağlı olarak verilmesi gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Görüşlerine bizim de katıldığımız bazı yazarlar¹⁶ temsilcinin yapacağı işlem şekle bağlı ise verilecek temsil yetkisinin de şekle bağlı olacağını kabul etmektedirler. Buna karşılık doktrindeki bazı yazarlar¹⁷ temsilcinin yapması için yetkilendirildiği işlemin şekle bağlı olması durumunda bile temsil yetkisinin şekle bağlı olmadan verilebileceği kanaatindedirler.

Şeklin gerekli olduğu durumlarda kastedilen genelde resmî şekildir. Temsil ilişkisinin yapılacak işlemin şekline bağlı olduğu görüşü kabul edilirse, temsil yetkisi elektronik ortamda verilemez. Çünkü şekil şartı noterler tarafından yerine getirilmektedir ve noterlik işlemleri henüz elektronik ortamda yapılamamaktadır¹⁸. Ayrıca 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu da 6. maddesinde resmî şekle ve merasime tâbi olan işlemlerin elektronik imza ile yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Bu sebeple elektronik imza ile de şekil şartı gerçekleştirilmemektedir.

Yazılı şekle bağlı olan bir işlem için verilen temsil yetkisinin de aynı şekle tâbi olması gerekir. Bu takdirde temsil yetkisinin elektronik imza kullanılarak verilmesi durumunda yazılı şekil şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Çünkü yazılı şekil olarak metnin hangi materyal üzerine, ne ile ve

İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete Müstenid Temsil, Ankara 1961, 9; **REİSOĞLU**, 115.

¹⁵ **REİSOĞLU**, 121; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 173; **YAVUZ**, C., Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983, 147; **TUNÇOMAĞ**, 259; **İNAN**, Ali N., 222; **KAPLAN**, İ., Borçlar Hukuku Dersleri, Ankara 2001, 103.

¹⁶ **OĞUZMAN/ÖZ**, 167; **OĞUZMAN/SELİÇİ**, 290.

¹⁷ **YAVUZ**, 148; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, N. :Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1969, 105; **KANETİ**, S., Yargıtay İçtihatlarına Göre Taşınmazlara İlişkin İşlemlerde Şekil Sorunu, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, I. Tebliğler, İstanbul 1977, 308-309; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, 173; **OSER, H./SCHÖNENBERGER**, W.: Borçlar Hukuku, (Çev. Recai SEÇKİN), Ankara 1947, m. 328 n. 25; Von **TUHR**, 321.

¹⁸ Bkz. **TURAN**, O., Noterlik İşlemleri ve Elektronik, Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk, Ankara 2001, 187 vd.

nasıl yazılmış olduğu önemli olmamakla birlikte¹⁹, atılacak imzanın el ile atılması gerekmektedir²⁰. Elektronik İmza Kanunu'nun 6. maddesi elektronik imzanın el ile atılan imza ile aynı sonuçları doğurduğunu hükme bağlamıştır.

Şekle bağlı olmayan bir işlem için verilen temsil yetkisi de herhangi bir şekle bağlı değildir. Bu nedenle, böyle bir temsil yetkisi elektronik ortamda iletilebilen bir irade beyanı ile verilebilir. Bu durumda temsil yetkisi elektronik posta ile verilebileceği gibi cep telefonuna mesaj yollamak, web sayfasında yayınlamak suretiyle de verilebilir. Bunun gibi internet ortamında yapılan eş zamanlı sohbet yazılı veya sözlü olarak verilmesi de mümkündür.

B) İptal

İptal, bu hakka sahip olan kişi tarafından, geçerli olarak kurulmuş bir hukukî işlemin varması gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile geçmişe etkili bir şekilde ortadan kaldırılmasıdır. İptal hakkı bozucu yenilik doğuran bir haktır. Karşı tarafın kabul beyanına ihtiyaç olmadığından iptal işlemi tek taraflı bir hukukî işlemidir²¹. Bu hakkın kullanılması için kural olarak herhangi bir şekle gerek bulunmamaktadır. Bu sebeple taraflardan birisinin bu hakkını elektronik ortamda kullanmasına engel yoktur.

İptal hakkının kullanılması bazen şekle bağlanmıştır. Örneğin evlenmenin ve vasiyetnamenin iptali²² için mahkeme kararına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu sebeple bir vasiyetname veya evlenme iptal edilecekse bunun elektronik ortamda yapılması mümkün değildir. Zaten bu durumda iptal bir kişinin değil mahkemenin kararı ile yapılmaktadır.

C) İlan Suretiyle Vaad

İlan suretiyle vaad²³, BK. m. 8/ f.1'de şu şekilde düzenlenmiştir: " Bir iş veya bir şey mukabilinde ilan suretiyle bir bedel vâdeden kimse vâdine tevfikan

¹⁹ TUĞ, 34.

²⁰ TUĞ, 34.

²¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 42; EREN, 309; AKINCI, 62; KILIÇOĞLU, 30; TUĞ, 4; REİSOĞLU, 45; İNAN, Ali N., 63; TUNÇOMAĞ, 123; Von TUHR, 226-227.

²² EREN. F., Türk Medenî Hukukunda Ölümüne Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara 1966, 87 vd.; TUĞ, 116; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 100; EREN, 311, AYAN, 120; OĞUZMAN, 189; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 338; DURAL, M./ ÖZ, T., Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku, Yenilenmiş 7. Baskı İstanbul, 2003, 224.

²³ Bu konuda bkz. İNAN, A. N., Türk Hukukunda İlan Suretiyle Yapılan Vaadler, Ankara 1961, 3 vd.

o bedeli vermeğe mecburdur." Kanunun ilan suretiyle yapılan vaadleri düzenleyiş yeri ve şekli, bu işlemin hukukî mahiyeti hakkında bazı tereddütlere sebep olmuştur. Doktrindeki bazı yazarlar²⁴, hükmün düzenleniş yeri ve kanunun başka yerinde tek taraflı bir vaadin borç doğurmaya yeteceğine ilişkin bir hüküm olmaması sebebiyle burada bir sözleşmenin olduğunu savunmaktadırlar. Buna karşılık çoğunluk görüşüne²⁵ göre ilan suretiyle yapılan vaatler tek taraflı hukukî işlemdir.

İlan suretiyle vaadin yapılabilmesi için gerekli olan ilk şart ilandır²⁶. İlanın yapılması herhangi bir şekle bağlı değildir²⁷. İlan genel olarak umuma yapılabileceği gibi belli bir topluluğa da yapılabilir²⁸. İlanın yapılmasında kullanılan araç önemli değildir. İlan, gazete, radyo, televizyon, afiş asma, tiyatro, gazino ve sinemalarda yüksek sesle duyurma ve hatta sokaklarda bağırarak dolaşma gibi yollarla da yapılabilir²⁹. Bunun gibi ilan, web sitesinden yayın yapmak, bireysel ve kitlesel elektronik posta yollamak, sesli ve yazılı chat servislerinden yazmak ve/veya konuşmak suretiyle de yapılabilir.

Vaade bulunan bir eşyanın bulunmasını veya herhangi bir konu ya da kişi hakkında bilgi verilmesini istemiş olabilir³⁰. Yapılması istenen bu edimin yerine getirilmiş olması için vaade bulunana arz edilmesi de gerekir³¹. Edimi

²⁴ OSER/SCHÖNENBERGER, m. 8, no. 18; KOHLER, Josef, Auslobung und Wette im Arch, bürg. R. Bd. 25, 1905, s. 1-10 (İNAN, Ali N., Vaatler, 17'den naklen)

²⁵ EREN, 158, 417; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 469; OĞUZMAN/ÖZ, 150; Von TUHR, 176, dn. 6, 297-298; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.I, İstanbul 2000, 91; TUNÇOMAĞ, 213.

²⁶ İNAN, Ali N., Vaadler, 57; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 469; EREN, 420; OĞUZMAN/ÖZ, 150; TUNÇOMAĞ, 214.

²⁷ TUNÇOMAĞ, 214; OSER/SCHÖNENBERGER, m. 8, no. 4.

²⁸ OSER/SCHÖNENBERGER, m. 8, no. 3; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 469; EREN, 420; OĞUZMAN/ÖZ, 150. İNAN, Ali N., Vaadler, 57; TUNÇOMAĞ, 214.

²⁹ OSER/SCHÖNENBERGER, m. 8, no. 4; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 469; EREN, 420; OĞUZMAN/ÖZ, 150; TUNÇOMAĞ, 214.

³⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 469; OĞUZMAN/ÖZ, 150.

³¹ OĞUZMAN/ÖZ, 150

gerçekleştiren kimse mükâfat ilanından hiç haberdar olmasa ve hatta ilandan önce bu edimi gerçekleştirmiş olsa dahi mükâfata hak kazanır³².

İlan suretiyle vaadde bulunan kişi, henüz bu iş gerçekleştirilmeden vaadinden dönebilir. Usulüne uygun şekilde vaadden döndükten sonra gerçekleştirilen edim mükâfata hak kazandırmaz³³. Vaadden dönme de aynı yollarla³⁴ yapılabileceği gibi farklı³⁵ ve daha etkili yollarla da yapılabilir. Örneğin ilan, afiş yapıştırmak suretiyle yapılmışsa, bundan yine aynı yolla dönülebileceği gibi radyo ve televizyonda ilan etme yoluyla da dönülebilir³⁶. İlan web sitesinden yapılmışsa dönmenin de aynı web sitesinden yapılması, usulüne uygun olması için aranmalıdır. Başka bir web sitesinden vaadden dönmeye ilişkin yapılan yayın, usulüne uygun olmadığı için iyi niyetli üçüncü kişiler açısından bağlayıcı olmamalıdır³⁷.

Vaade bulunan kişi, vaat ettiği miktarı aşmamak üzere iyiniyetle bu vaade güvenerek masraf yapan kişilerin masraflarını karşılamakla yükümlüdür³⁸. Ancak vaatte bulunan kişi, masraf yapanın sonuç elde edemeyeceğini ispatlarsa, masraf ödeme yükümlülüğü sona erer (BK. m. 8/ f.2).

III. Şekle Bağlı Olan Tek Taraflı Hukukî İşlemler

A) Tanıma

Tanıma, evlilik dışında baba³⁹ olmuş bir kişinin kanunda yazılı olan şartlara uymak suretiyle, varması gerekli olmayan tek taraflı bir irade beyanı ile yaptığı, evlilik dışı çocuğun babasını hukuken belirleyen, yenilik doğuran bir hukukî işlemdir⁴⁰.

³² OĞUZMAN/ÖZ, 150. Ancak bunun aksinin vaadden anlaşılması gerekir.

³³ TUNÇOMAĞ, 214; OĞUZMAN/ÖZ, 150-151.

³⁴ OĞUZMAN/ÖZ, 150.

³⁵ OSER/SCHÖNENBERGER, m. 8, no. 29.

³⁶ EREN, 422.

³⁷ Başka bir web sitesinden yapılan vaadden döndüğüne ilişkin yayının, vaadi yerine getirdiğini iddia eden kişi tarafından bilindiğinin ispat edilmesi oldukça zordur. Ancak ilgili web sitesinde bağlanan kişilerin IP numaraları veya başka özellikleri kaydediliyorsa ve ilgili kişi bunu kendi bilgisayarını ile yapmışsa bu durumda belki ispat gerçekleştirilebilir.

³⁸ OĞUZMAN/ÖZ, 151.

³⁹ 743 sayılı EMK m. 291'de babanın babası da tanıma beyanında bulunabiliyordu. Ancak Yeni Medeni Kanun tanımayı sadece babaya hasretmiştir. (MK.m. 295)

⁴⁰ OĞUZMAN, K./ DURAL, M., Aile Hukuku, İstanbul 1994, 326; FEYZİOĞLU, N. F., Aile Hukuku, İstanbul 1971, 401; , EGGGER, A., Medeni

Tanıma, tek taraflı bir hukukî işlem olduğu için herhangi bir kimsenin kabul beyanına ihtiyaç yoktur. Beyanın herhangi bir yere veya kişiye yöneltilmesi gerekmediği için varması da aranmaz. Beyanın Kanun'da belirtilmiş olan şartlara uygun olarak yapılması ile hükümleri kendiliğinden gerçekleşir⁴¹.

Medeni Kanun'un tanımayı düzenleyen 295. maddesinin ilk fıkrasında tanımanın, resmî senetle veya vasiyetname ile yapılabileceği gibi eski Medeni Kanun'da olmayan mahkemeye veya nüfus memuruna yazılı şekilde başvuru ile de yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

1. Resmî şekil

Resmî şekilde olan tanıma, Noterlik Kanununun 89. maddesine göre noterler tarafından resen düzenlenecek bir belge ile yapılır. Tanıyanın notere vereceği yazılı tanıma beyanının noterce onanması yeterli değildir. Böyle bir tanıma, şekil şartı yerine getirilmemiş olduğu için geçersizdir⁴². Aynı şekilde yazılı veya sözlü olarak yapılacak tanıma beyanının da geçersiz olacağı açıktır. Noterlik işlemlerinin getirmiş olduğu şekil resmî şekildir. Bu nedenle resmî şekle tabi tanımanın elektronik ortamda yapılması mümkün değildir. Örneğin elektronik posta ve buna benzer elektronik mesajlarla tanıma resmî şekilde yapılamaz. Ayrıca EİK da buna engeldir. Zira EİK.m.5'de resmî şekle bağlı işlemlerin elektronik imza ile yapılamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır.

2. Ölüme Bağlı Tasarruf İle

Tanımanın ölüme bağlı tasarruf ile yapılabileceği kabul edilmiştir. Tanıyan bu şekilde tanımayı gizleyebilmektedir⁴³. Ölüme bağlı tasarruflar vasiyetname ve miras sözleşmesidir. Bu nedenle konuyu ikiye ayırarak incelemek gerekir.

a) Miras Sözleşmesi İle

Tanıma, miras sözleşmesi ile yapılabilir⁴⁴. Medeni Kanun'un 545.

Kanun Şerhi Aile Hukuku, (Çev: Tahir ÇAĞA), Ankara 1949, m. 303, no. 2; İNAN, A. N., Çocuk Hukuku, İstanbul 1968., 180; SEROZAN, R., Çocuk Hukuku, İstanbul 2001, 209; BAYGIN, C., Kan Bağına Dayanan Soy Bağı, AÜEHFD., C. VI, S. 1-4, 269.

⁴¹ OĞUZMAN/DURAL, 326; AKINTÜRK, T., Aile Hukuku, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2002, .339; KÖPRÜLÜ, B./ KANETİ, S., Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989, 264.

⁴² AKINTÜRK, 344.

⁴³ SEROZAN, 212.

⁴⁴ AKINTÜRK, 344; EGGER, m. 303, no. 12.

maddesi miras sözleşmesinin geçerli bir şekilde yapılabilmesi için resmî vasiyetname şeklinde yapılmasını aramaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi resmî vasiyetname noterlerce düzenlenebilen bir belgedir ve resmî şekilde yapılmalıdır. EİK.m. 5'e göre resmî şekilde yapılması gereken işlemlerin elektronik ortamda yapılması mümkün olmadığından elektronik ortamda yapılan bir miras sözleşmesi ve bunun muhtevasına dahil olan tanıma işlemi geçerli değildir.

b) Vasiyetname İle

Ölüme bağlı tasarrufun bir diğer şekli de vasiyetnamedir. Vasiyetnameler resmî şekilde düzenlenebileceği gibi el yazılı vasiyetname ve sözlü vasiyet olarak da yapılması mümkündür. Resmî şekilde yapılması gereken vasiyetname elektronik ortamda yapılamayacağı için bu şekilde bir tanıma beyanının da elektronik olarak gerçekleşmesi mümkün değildir.

aa) El yazılı Vasiyetname İle

El yazılı vasiyetnamenin elektronik olarak yapılmasını incelerken belirttiğimiz gibi⁴⁵, bilgisayar ekranlarına el ile yazılan yazıların bilgisayar tarafından dijital olarak kaydedilip saklanması suretiyle yapılan bir vasiyetname metninin içerisinde bir tanıma beyanında bulunulabilir. Bu durumda yapılan belge vasiyetname olmak için gerekli olan şartları taşıyorsa bu belgenin içerisindeki tanıma beyanı da hüküm ifade eder. Dolayısıyla bilgisayar ile yapılabilecek olan bu tanıma işlemi kişinin ölümünden sonra ama çocuğun doğumundan hatta ana rahmine düştüğü andan başlamak üzere geçmişe etkili olarak hüküm ifade eder⁴⁶.

bb) Sözlü Vasiyet İle

Sözlü vasiyet yapılmasına ilişkin yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz gibi⁴⁷ gerekli şartlar oluşmuşsa, elektronik iletişim araçlarını kullanmak suretiyle yapılan sözlü vasiyet geçerlidir. Bu vasiyetin muhtevasında bir tanıma beyanı varsa, bu tanıma da geçerli olur. Ölüme bağlı tasarrufların hükümsüz olmalarını gerektiren bir durum ortaya çıkmadıkça da geçerli olmaya devam eder⁴⁸.

3. Nüfus Memuruna Yazılı Başvuru İle

Medeni Kanununun 295. maddesi eskiden olmayan bir düzenleme getirerek, tabii babanın nüfus memuruna yapacağı yazılı başvuru ile de evlilik

⁴⁵ Bkz. III, B, 2.

⁴⁶ Bkz. AKINTÜRK, 339; KÖPRÜLÜ/KANETİ, 269.

⁴⁷ III, B, 3.

⁴⁸ OĞUZMAN/DURAL, 335.

dışı çocuğunu tanıyabileceğini kabul etmiştir. Bu durumda getirilen yazılı olma şartının bir şekil şartı olduğu açıktır. Bu şekil şartının gerçekleşebilmesi için başvurunun bizzat baba tarafından yapılmış olması gerekir.

Tanımanın nüfus memuruna sözlü olarak yapılması mümkün değildir. Bu şekilde sözlü olarak yapılmış olan bir tanıma beyanı mutlak surette geçersizdir⁴⁹. Batıl olan bu işlem hiçbir hukukî sonuç doğurmaz. Bu sebeple dava açmaya gerek yoktur. Ancak nüfus memuruna sözlü olarak yapılan beyanla çocuk bu beyanda bulunanın nüfus kütüğüne yazılmışsa, gerçeğe aykırı olan bu durumun tespit edilmesi için dava açmak gerekir⁵⁰.

MK.m.295 hükmü gereğince yazılı olması gereken bu başvurunun tamamının el yazısı ile olması şart değildir. Çünkü yazılı şekilden maksat herhangi bir şekilde bir maddeye yazılmış olan metnin el ile imzalanmış olmasıdır⁵¹.

Buradan hareketle nüfus memuruna yazılı olarak yapılması gereken başvurunun elektronik imzalı bir metin olabileceğini kabul etmek gerekir. Çünkü EİK.m.5'de ifade edildiği üzere, elektronik imza el ile atılmış olan imza ile aynı hukukî sonuçları doğurur. Bu sebeple sadece bir dijital veri olduğu için böyle bir beyanın geçersiz olduğunu kabul etmek, hem Elektronik İmza Kanununa aykırıdır hem de Medeni Kanun'un ruhuna uygun değildir.

Elektronik imza ile imzalanmış olan bir dijital belge, bu belgeyi taşıyan CD, disket veya bunlara benzer başka bir araçla nüfus memuruna ulaştırılmış ise, bu durumda da tanımanın gerçekleştiği kabul edilmelidir. Tanıma beyanını içeren bu veri, nüfus memurunun bulunduğu yerden çok uzakta olan beyan sahibi tarafından internet üzerinden nüfus memuruna veya nüfus dairesine ulaştırılmış olabilir. Nüfus dairesinin mail adresine veya bizzat memura yollanacak bu veri ile de tanıma gerçekleşmiş olur. Böyle bir beyanı geçerli saymamak yabancı bir ülkede bulunan bir Türk vatandaşının tanıma için mutlaka Türkiye'ye gelmesi veya Türk Konsoloslğunun bulunduğu şehre gitmesi sonucunu doğurur. Bu sonuç, gelişen teknoloji karşısında uygun olmamalıdır. Çünkü nüfus memuruna yazılı olarak tanıma beyanında bulunulması imkânının kabul edilmesi ile tanımanın ucuzlaştırıldığı ve bunun olumlu bir adım olduğu ifade edilmektedir⁵². Elektronik ortamda yapılacak olan

⁴⁹ AKINTÜRK, 345.

⁵⁰ KÖPRÜLÜ/KANETİ, 267; OĞUZMAN/DURAL'a göre işlem mahkemenin hükümsüzlüğe ilişkin vereceği kararla geçersiz hale gelir. OĞUZMAN/DURAL, 335.

⁵¹ TUĞ, 54.

⁵² ACABEY, M.B., Soybağı, İzmir 2002, 280.

bir tanımının da bu bakımdan çok kolay, çabuk, zahmetsiz ve ucuz olacağı açıktır.

Elektronik imzalı olarak yollanan belgenin, mutlaka yollayanın nüfus kaydının bulunduğu nüfus müdürlüğüne yollanmış olması gerekli değildir. Herhangi bir nüfus müdürlüğüne bu şekilde bir başvuru yapılmışsa, başvuruyu alan nüfus memuru, MK. m. 296'ya göre bu beyanı ilgilinin nüfus kaydının bulunduğu yerdeki nüfus müdürlüğüne yollamak zorundadır. Bu sonuç Medeni Kanunun 296. maddesinde açıkça ifade edilmiştir.

Nüfus memurluğuna yapılan yazılı başvurunun hemen o anda okunabilir durumda olması şart değildir. Türkçe bilmeyen bir Türk vatandaşı bunu yabancı bir dilde yapabileceği⁵³ gibi eski harflerle (örneğin Osmanlıca) yazılmış bir metin olması da mümkündür⁵⁴.

Bu durumda hukukî bir sonuca yönelmiş olan metinlerin, ulaşma anında hemen sonuç doğuracakları kabul edilmelidir. Yoksa tercüme veya transkribe edilmelerine kadar hükümlerinin askıda kalacağını söylemek doğru değildir. Buna göre, elektronik imzalı bir metnin elektronik posta, disket ya da CD gibi araçlarla iletilmiş olmasında bunun hemen okunamayacak olması geçersiz olmalarını gerektirmeyeceği gibi, hemen hüküm ifade etmelerine de engel olmaz. Bu sebeple müdürlüğe ulaştırılan dijital bir verinin çözülmesi için bazı teknik donanımlara ihtiyaç duyulması ve bunun hemen gerçekleşmemiş olması sonuca etki etmemelidir.

Elektronik imza ile imzalanmış olan metnin, elektronik imzanın sahibi tarafından imzalanmış olduğu kabul edilmektedir. Kimlik tespit işlevi onay makamları tarafından yapılmaktadır⁵⁵.

Açıklanan sebeplerle, kayıtlarını bilgisayara aktararak internetten ilgililerin hizmetine sunan nüfus müdürlüklerinin olduğu bir zamanda, buralara yapılan başvurunun elektronik ortamda da yapılabileceğinin ve yazılı şeklin elektronik olarak da sağlanabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

4. Mahkemeye Yazılı Başvuru İle

Medenî Kanun'da nüfus memuruna yazılı başvuru ile yapılacak tanımının yanında mahkemeye de yazılı olarak başvurulabileceği kabul edilmiştir. Yukarıda açıkladığımız hususların hepsi mahkemeye yapılacak başvuru için de geçerlidir. Mahkemelerin de bilgisayarlarla donatılarak elektronik ortama aktarılmaları durumunda bazı işlemlerin elektronik ortamda

⁵³ TUĞ, 55; FEYZİOĞLU, 316.

⁵⁴ TUĞ, 55; FEYZİOĞLU, 316.

⁵⁵ KESER BERBER, L. 195

takip edilmesi mümkündür. Belki yakın gelecekte yazılı delillerin mahkemelere bu şekilde elektronik olarak iletilmesi mümkün olabilecek ve hatta belki de bazı davalar elektronik ortamda görülebilecektir. Bu bağlamda tanıma beyanlarının da elektronik ortama bağlanmış olan mahkemelere internet üzerinden iletilmesi mümkündür. Zaten EİK.m.23'de 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 295. maddesinden sonra 295/A maddesi eklenmesine ilişkin düzenlemesi, elektronik imza ile imzalanmış belgelerin ve verilerin senet hükmünde olduğunu hükme bağlamıştır. Borçlar Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına da, elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı ispat gücüne sahip olduğunu ifade eden bir cümle ilave edilmiştir.

Yapılan bu düzenlemeler karşısında elektronik imzanın uygulama alanının yakın bir gelecekte hızla genişleyeceğini söyleyebiliriz. Mahkemelerin de elektronik ortama açılması ile bazı belgelerin mahkemelere disketlerle, CD veya diğer dijital veri taşıyıcılarla sunulabilecek olması ve hatta internetten yollanabilecek olması karşısında tanıma işleminin de bizzat yetkili kişi tarafından yapılması ve elektronik imza ile imzalanarak yetkili mahkemeye yollanması ile tanımının gerçekleşeceğini kabul etmek gerekir.

B) Vasiyetnameler

Vasiyetname Medeni Kanunun 531 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, hukukî niteliği itibari ile tek taraflı bir hukukî işlemdir. Bu sebeple sadece miras bırakanın irade beyanı yeterli olup lehine vasiyette bulunulan kişinin herhangi bir beyanına ihtiyaç bulunmamaktadır. Ayrıca bu vasiyet iradesinin lehine vasiyette bulunulan kişiye yöneltilmesi de gerekmemektedir⁵⁶. Bu sebeple vasiyeti yapan her zaman yapmış olduğu bu vasiyetinden rücu edebilir, değiştirebilir veya yok edebilir⁵⁷.

Medeni Kanunumuz üç çeşit vasiyetname yapma imkanı tanımıştır. Bunlar MK.m.532-537 arasında düzenlenmiş olan resmî vasiyetname, MK.m.538'de düzenlenmiş olan el yazılı vasiyetname ve MK.m.539-541 arasında düzenlenmiş olan sözlü vasiyetnamedir. Miras bırakan kural olarak normal zamanlarda el yazılı vasiyetname ile resmî vasiyetnameden herhangi birini seçebilmektedir. Ancak sözlü vasiyetname yapmak için olağanüstü durumların olması şartı aranmaktadır.

⁵⁶ **EREN**, İptal, 5; **İMRE**, Zahit/ **ERMAN**, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 1989, 64-65; **OĞUZMAN**, 108; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 127; **AYAN**, 75; **AKKANAT**, H., El yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2001, 799.

⁵⁷ **İMRE/ERMAN**, 65; **EREN**, İptal, 5; **DURAL**, M., El Yazısı İle Vasiyetname, İstanbul 1967, 2.

1. Resmî Vasiyetname

Resmî vasiyetname, hukuk düzeni tarafından yetkili kılınmış olan makamın iştiraki ile yapılabilen vasiyetnamedir. Bizim hukukumuzda yetkili kılınmış olan kişiler sulh hakimi ile noterlerdir. Ayrıca kanunla kendisine böyle bir yetki verilmiş olanlar da resmî vasiyetnamenin düzenlenmesine katılabilmektedir. Ülkemizde vasiyetname genellikle noterlerce düzenlenmektedir. Bununla beraber sulh hakimi ve kanunla bu yetki kendisine verilmiş kişiler de resmî vasiyetname düzenleyebilirler (MK.m. 532/II). Mahkeme yazı işleri müdürünün, noter baş katibinin ve köy muhtarlarının resmî vasiyetname düzenleme yetkisi bulunmamaktadır⁵⁸. Yabancı ülkelerdeki Türk vatandaşlarının vasiyetnamelerini konsoloslara düzenleyebilir⁵⁹. Burada yaşayan Türk vatandaşları isterlerse, buldukları ülkenin kanunlarına göre de resmî vasiyetname yapabilirler⁶⁰.

Resmî vasiyetname, adından da anlaşılacağı üzere resmî şekilde yapılması gereken vasiyetnamedir ve mutlaka belirlenen kişilerin katılımı ile yazılı olarak yapılmalı, onanmalı veya ilgili şekil şartı yerine getirilmelidir. EİK. m. 6'da resmî şekle bağlı olan işlemlerin elektronik imza ile yapılamayacakları hükme bağlanmıştır. Ülkemizde şu an elektronik noterlik işlemleri de yapılamadığı için resmî şekle bağlı olan bu vasiyetnamenin ilgili kurumlarda, klasik yazılı şeklin dışında başka bir şekilde ve özellikle elektronik olarak yapılması mümkün değildir.

2. El Yazılı Vasiyetname

a) Genel Olarak

Medeni Kanununun 538. maddesine göre “El yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar miras bırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması zorunludur. El yazılı vasiyetname, saklanmak üzere açık veya kapalı olarak notere, sulh hâkimine veya yetkili memura bırakılabilir.” Bu hükme göre el yazılı vasiyetname miras bırakan tarafından baştan sona kadar el yazısı ile yazılıp, tarihin de yine el yazısı ile atıldığı ve altının miras bırakan tarafından el ile imzalandığı vasiyetnamedir. Maddenin ikinci fıkrasından da anlaşıldığı üzere el yazılı vasiyetnamenin tevdi zorunlu olmayıp vasiyetçinin iradesine bırakılmıştır.

El yazılı vasiyetnamede ön plana çıkan unsur metnin baştan sona el

⁵⁸ ANTALYA, Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul 2003, 91-92.

⁵⁹ SEROZAN, Rona/ERGİN, B. İlkay, Miras Hukuku, Ankara 2004, 214; HATEMİ, Hüseyin., Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004, 81; OĞUZMAN, 110; ANTALYA, 92; AYAN, 76.

⁶⁰ OĞUZMAN, 110; ANTALYA, 92.

yazısı ile yazılmış olmasıdır. Ancak bu kural Kanunun lafzından anlaşıldığı kadar katı yorumlanmamaktadır⁶¹. El yazılı olmaktan kastedilen vasiyetçiden sadır olan bir yazı olmasıdır⁶². Bazı yazarlar⁶³ körler alfabesi olarak bilinen kabartmalı yazı ile de vasiyetname yapılabileceğini ifade etmektedirler. Buna karşılık diğer bir kısım yazar⁶⁴ körler alfabesi ile yazılmış metnin yazan kişiye aidiyetinin tespit edilmesindeki sorun sebebiyle bu görüşe katılmamaktadırlar. Ayrıca noter bile olsa başkaları tarafından yazıya geçirilerek körler alfabesi ile yazılmış metnin ayrılmaz parçası haline gelen metnin içeriği ile kabartmalı metnin içeriğinin aynı olup olmadığının vasiyetnameyi yapan tarafından tespit edilememesi de bu yazarlar tarafından gerekçe olarak ifade edilmektedir.

El yazılı vasiyetnamenin mutlak olarak el ile yazılmış olma şartının istisnasını teşkil eden diğer bir durum vasiyetçinin ellerinin olmaması ya da kullanamaması sebebiyle başka bir organı mesela ağız veya ayakları ile vasiyetnameyi kaleme almasıdır. İsviçre ve Alman doktrinlerinde böyle bir vasiyetnamenin geçerli olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵. Çünkü vasiyetnamenin el yazısı ile yazılmasının aranması, kişiliği belirten yazının vasiyetçiye ait olması sebebiyledir⁶⁶. Ancak Doktrinde buna karşı çıkan yazarlar da vardır⁶⁷. Vasiyetçinin elleri olup bunları kullanabilmesine karşın ayakları veya ağız ile vasiyetname yazması durumunda vasiyetin sırf eller kullanılmadı diye geçersiz sayılmasından öte vasiyet yapma iradesi üzerinde durulmaktadır⁶⁸.

Burada konumuz açısından ele alınması gereken diğer bir durumda şifreli olarak yazılmış bir vasiyetnamenin geçerli olup olmadığı sorunudur. Bazı yazarlar buna cevaz vermemektedir⁶⁹. Buna karşılık diğer görüş ise şifreyi çözmeye yarayabilecek ve itimat edilebilecek bir anahtarın bulunması şartı ile böyle vasiyetnamelerin geçerli olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir⁷⁰.

⁶¹ **DURAL**, 17.

⁶² **DURAL**, 17.

⁶³ **ESCHER**, Art. 505, N. 10; **TOUR**, Art. 505, 10; **HAGMANN**, 81 (**DURAL**, 23, dn. 29'dan naklen) .

⁶⁴ **DURAL/ÖZ**, 75; **İMRE/ERMAN**, 69.

⁶⁵ **İMRE/ERMAN**, 68-69; **HAGMANN**, 73; **KLING**, 304 (**DURAL**, 17, dn. 3'den naklen)

⁶⁶ **OĞUZMAN**, 119; **İNAN**, A. Naim/**ERTAŞ**, Şeref/**ALBAŞ**, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara 2006, 177.

⁶⁷ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 193.

⁶⁸ **OĞUZMAN**, 119; **DURAL**, 17; **DURAL/ÖZ**, 79.

⁶⁹ **TOUR**, Art. 505, N. 10.

⁷⁰ **DURAL**, 22; **HAGMANN**, 82 (**DURAL**, 22'den naklen).

Çünkü burada şifreli de olsa şahsiyeti belirtmeye yarayan ve anahtarı bizzat vasiyetçi tarafından bırakılmış olan bir yazı bulunmaktadır⁷¹.

Bu açıklamalardan anlaşıldığı gibi kanunda yer alan el yazılı vasiyetnamenin her şart altında el ile yazılmış olmasını aramak vasiyetin yok sayılmasını gerektirecek mutlak bir kural değildir. El yazılı vasiyetnamenin yapılması için hangi malzemenin üzerine yazılmış olduğu önemli değildir. Bu malzeme kağıt olabileceği gibi tahta ve bunun gibi malzemeler de olabilir⁷². Ayrıca vasiyetçi son arzularını vasiyet edilen mal üzerine veya hisse senedinin arka tarafına⁷³, bir resim tablosunun arkasına⁷⁴, vasiyet edilen eşyanın paketinin üzerine⁷⁵ hatta duvara⁷⁶ bile yazabilir.

Vasiyetnamenin dili de önemli değildir. Vasiyetçi arzularını anlatabildiği anadilinden başka bir dilde de vasiyetini yazabilir⁷⁷. Vasiyetin

⁷¹ **DURAL**, 22. Yazarın eserini kalem aldığı 1967 yılında elektronik ortam genel olarak radyo, televizyon ve telefonda ibaretti. Elektronik imzanın olmadığı bir dönemde elektronik imzanın oluşturulması ve okunmasında kullanılan günümüz terimlerini de kullanarak böyle bir fikri ileri sürmek çok isabetli bir yaklaşım olmuştur. Nitekim ileride de değinildiği üzere Elektronik imza ile oluşturulan bir vasiyetname sadece sahibinin kullanabildiği ve ona ait olan bir anahtar ile oluşturulup yine sadece bu anahtara uyumlu olan başka bir anahtar ile okunabilmektedir. Bu görüş sahiplerinin ifade ettiği, belli bir topluluğa ait olan bir şifre ile yazılmış olan şifreli vasiyetnamelerin geçerli olması yönündeki fikir, topluluktan kim tarafından kaleme alındığı hususunda şüpheleri beraberinde getirebilmesi ihtimaline karşın Elektronik imzanın sadece bir kişiye kesin olarak ait olması sebebiyle evleviyetle vasiyetname yapmaya imkan vermesi gerekir. Dolayısıyla el yazılı vasiyetnamenin özelliklerinden birisi olan gizliliğin daha etkin bir şekilde gerçekleşmesi de temin edilmiş olur.

⁷² **OĞUZMAN**, 119; **ANTALYA**, 99.

⁷³ **DURAL**, 18; **İMRE/ERMAN**, 80; **DURAL/ÖZ**, 79.

⁷⁴ **İMRE/ERMAN**, 80.

⁷⁵ **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, 177, dn. 54.

⁷⁶ **ANTALYA**, 99-100; **DURAL/ÖZ**, 79; **AKKANAT**, 806. Bu hususta dikkat çekici bir örnek Amerika'da yaşanmıştır. Hastanede yatmakta olan bir hasta yattığı yatağın yanındaki duvara vasiyetini yazmış ve itiraz edilmediği için Philedelphiya Sicil Memurluğu tarafından tescil edilen duvar vasiyet olarak kabul edilmiş ve tasdik edilerek muhafaza altına alınmıştır **İNAN**, A.N./**ERTAŞ**, Ş., Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2000, 54; **İNAN**, A. Naim/**ERTAŞ**, Şeref/**ALBAŞ**, Hakan, Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Ankara 2006 177, dn. 54.

⁷⁷ **DURAL/ÖZ**, 80.

Türkçe olarak ancak eski alfabe ile yani Osmanlıca olarak yazılması da geçerliliğini etkilemez⁷⁸.

Yazmak için kullanılan araç da önemli değildir. Kalemin yanı sıra sıvı nitelikli mürekkep, boya, kan gibi maddeler kullanılabilmesi gibi kömür⁷⁹ veya tebeşir⁸⁰ de kullanılabilir⁸¹. Hatta bir bilgisayar monitörünün üzerine veya cam kısmına, board marker olarak isimlendirilen ve parlak yüzeylere yazı yazmak için kullanılan kalemle dahi yazılabilir. Burada da önemli olan husus, ne ile ve neyin üzerine yazılmış olduğundan öte bu şekilde vasiyetname yapan kişinin gerçekten vasiyet yapma iradesinin (animus testandi) olup olmadığının belirlenebilmesidir⁸².

Doktrinde mutad olmayan malzemelerle yapılan vasiyetlerin animus testandi unsuruna sahip olup olmadıklarının çok iyi araştırılması gerektiği ifade edilmektedir⁸³.

Vasiyetnamenin baştan sona el ile yazılmak zorunda oluşu ve yazı için kullanılacak vasıtaların bile oldukça geniş olarak yorumlanmasının yanında kanunun her ne pahasına olursa olsun "el yazısı ile olması" yönündeki kuralının katı yorumlanmasının bir sonucu olarak, metin el yazısı ile yazılmamışsa vasiyetname geçerli olarak kabul edilemez. Dolayısıyla gelişen teknoloji araçları⁸⁴ ile de olsa el yazılı vasiyetname yapmak mümkün görünmemektedir⁸⁵. Bu nedenle, böyle bir vasiyetname yapılırsa geçersiz olur.

Vasiyetnamenin geçersiz olmasından maksat iptal edilebilir olmasıdır. Öngörülen şekle uygun olarak yapılmayan vasiyetnameler iptal edilinceye kadar geçerlidir (MK. m. 557/IV). Dolayısıyla vasiyetnamenin bir kısmının el ile yazılmamış olması ya da tamamının makine ile yazılıp sadece imzanın el ile atılmış olması durumunda vasiyetname iptal edilinceye kadar geçerlidir⁸⁶.

⁷⁸ DURAL/ÖZ, 80; ŞEREF/ERTAŞ/ALBAŞ, 176-177.

⁷⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 194.

⁸⁰ OĞUZMAN, 119; KÖPRÜLÜ, B., Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1985, 153.

⁸¹ KÖPRÜLÜ, 153.

⁸² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 194; DURAL/ÖZ, 79; KÖPRÜLÜ, 153; OĞUZMAN, 119; ANTALYA, 99-100.

⁸³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 192; DURAL, 19; OĞUZMAN, 119; İMRE/ERMAN, 80.

⁸⁴ Daktilo, bilgisayar veya mekanik yazı yazan diğer cihazlar bu kapsamda değerlendirilmelidir.

⁸⁵ DURAL, 17; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 193; AKKANAT, 804.

⁸⁶ HATEMİ, 80; İMRE/ERMAN, 68.

b) Bilgisayar Ekranına Yazılarak Yapılan Vasiyetname

Burada konumuz olan elektronik ortamda tek taraflı hukukî işlem yapılması açısından önemli bir nokta dikkati çekmektedir. Gelişen teknoloji sayesinde bazı bilgisayarların ekranları üzerine el ile yazı yazmak mümkün olmaktadır. Bilgisayar bu yazılan yazıyı hiç bozmadan ve başka bir karaktere dönüştürmeden dijital hale çevirmekte ve sabit diskinde dijital bir veri olarak saklamaktadır.

Bilgisayar ekranına bu şekilde yazılmış bir yazının el yazısı olması sebebi ile kişiyi teşhis fonksiyonu gerçekleşmektedir. Gerçekten harfler arasındaki mesafe, harflerin eğimi, birbirleri ile bağlanması ve geçişler aynen bu şekilde bilgisayar ekranına el ile yazılmış olan bir vasiyetnamede de bulunmaktadır. Bir ihtilaf çıkması durumunda bu şekilde yazılmış bir yazının sahibinin teşhis edilmesi uzmanlarca kolaylıkla mümkün olabilmektedir⁸⁷.

El yazılı vasiyetname belli bir cisim üzerine yazıldığından bir kere yapılır. Bu nüsha asıl nüsha olup, bundan yapılan kopyalar asıl nüsha olarak kabul edilemez. Bu sebeple aslı olmaması durumunda fotokopisi veya resmi, geçerli bir vasiyetname olarak kabul edilemez. Bu durumda da vasiyetname tek nüsha olduğu için içerisindeki hükümlerden hoşnut olmayan mirasçılarca kolayca yok edilebilir.

Bilgisayar ekranı üzerine optik kalem ile yapılan vasiyet, dijital bir veri olarak saklanır. Bu durumda makinenin ekranı üzerindeki yazı dijital bir veri olarak kaydedilerek gerektiğinde tekrar ekrana çağrılabilir. Ekranı ikinci kere çağrılmış olan el yazılı metin eski metnin dijital olarak saklanmış halidir. Makine tarafından görüntünün 1 ve 0 dan oluşan dijital veri haline dönüştürülmesi ve gerektiğinde tekrar bu sayısal ifadelerin görüntü haline getirilmesi dijital el yazılı vasiyetin aslının değiştiği şekilde yorumlanmasını gerektirmez⁸⁸.

Verilerin bilgisayarın sabit diskinde dijital olarak saklanması ve bunların gerektiğinde kopyalanması mümkündür. Yapılan kopyalama dijital olarak gerçekleştiği için, aslı ile kopyası arasında fark bulunmamaktadır. Bir bilgisayar ekranında bir birinin kopyası olarak açılmış olan iki veri arasında herhangi bir fark bulmak mümkün değildir. Bu sebeple bilgisayar ekranına yapılan ve daha sonra dijital veri haline dönüştürülecek olan vasiyetnamenin aslı ile tamamen aynı olan kopyalarının oluşturulması ve başka makinelerde ve disket veya CD gibi dijital veri taşıyıcılarında saklanması mümkündür. Bu

⁸⁷ **AKKANAT**, 808.

⁸⁸ Bkz. **MEMİŞ**, T., Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002, 35.

durum ise klasik el yazılı vasiyetnamenin maruz kalmış olduğu kaybolma ve yok edilme veya ulaşılamama gibi mahzurları bertaraf edicidir⁸⁹. Hatta yapılan vasiyetnamenin internet ortamında dahi saklanması mümkündür. Böylece vasiyetçi vasiyetini geri almak istediğinde mutlaka vasiyetname metninin bulunduğu yere gitmek zorunda kalmaz ve internet ortamında vasiyetine ulaşarak onu yok edebilir⁹⁰.

Bu hususların yanında vasiyetçi, bilgisayar ekranına özel kalem veya mümkünse el ile yazarak yapmış olduğu ve altını el yazısı ile imzaladığı vasiyetnameyi gerekli olmamakla birlikte elektronik imza ile de imzalayabilir⁹¹. Bu durumda vasiyetname tamamen güvenli bir hale gelir ve artık yapanın kimliği şüpheye mahal bırakmayacak kadar belirlenmiş olur. Ayrıca vasiyetnamenin değiştirilmesi, metne bir karakterlik⁹² dahi olsa eklemeler yapılması veya veri çıkarılması mümkün olmaz. Bu durumda vasiyetname klasik el yazılı vasiyetnameye nazaran daha güvenilir bir şekil kazanmış olur.

Kanaatimizce el yazılı vasiyetnamenin buna uygun bilgisayar ekranına yazılması suretiyle yapılmış olması, klasik el yazılı vasiyetnameye göre çok

⁸⁹ Aynı kanaatte **AYBAY**, Aydın, Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 2002, 34, dn. 2.

⁹⁰ Bilgisayarda belirtilen şekilde yapılmış olan bir dijital vasiyetnamenin bilgisayardan silinmesi veya bilgisayarın formatlanması suretiyle yok olması durumunda bunun vasiyeti yapan kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması durumunda vasiyetnameden rücu ettiği şeklinde anlaşılması gerekir. Ölen kişinin bilgisayarında yapılan incelemeler sonucunda daha önce yapılmış ve dijital olarak silinmiş olan verilerin tekrar canlandırılması ve bu suretle vasiyetnameye ulaşılması vasiyetnamenin tekrar geçerlilik kazanması şeklinde anlaşılması gerekir.

⁹¹ Elektronik imzada bir kişinin kendisine ait bir gizli anahtarı bir de herkes tarafından bilinebilecek olan açık anahtarı vardır. Bu anahtarlardan birisi tarafından diğeri referans gösterilerek yapılan şifreleme sadece diğeri anahtar tarafından açılabilir. Vasiyetnameyi düzenleyen kişi açılacak anahtar olarak yine kendisinin olan açık anahtarı tespit etmek suretiyle veriyi elektronik imza ile imzalayarak şifrelediğinde, o kişinin ölümünden sonra (yine kendisine ait olan ve herkesçe bulunabilmesi mümkün olan) açık anahtar ile açılıp okunabilir. Verinin açık anahtar ile açılabilmesi ve metnin ortaya çıkması, hem şifrelemenin o kişiye ait olan gizli anahtar ile yapılmış olduğunu ve dolayısıyla vasiyetnameyi yapan kişinin kimliğini tespit etmekte, hem de metnin şifrelendikten sonra tahrif edilmediğini kanıtlamaktadır.

⁹² Bilgisayarın tüm verileri sayısal olarak ifade ettiği düşünülürse bu "karakter" ifadesinin geniş olarak anlaşılması ve kelimeler arasındaki boşlukları da kapsadığının göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

daha avantajlı ve güvenli olması da göz önünde tutularak, geçerli kabul edilmelidir. Bilgisayar ekranına veya başka bir cam zemin üzerine kalem ile yazılı olan vasiyetin animus testandi unsuruna sahip olması şartı ile geçerli olduğunun duraksamadan kabul edilmesi karşısında, ekrana yazılmak suretiyle yapılan dijital vasiyetnamenin geçerli olarak kabul edilmemesinin hiçbir haklı gerekçesi bulunmamaktadır.

c) Elektronik İmza⁹³ İle İmzalanmış Vasiyetname

El yazılı vasiyetnamede metnin mutlaka el yazısı ile yazılmış olması ve el ile imzalanması kuralının, text metin olarak bilinen bilgisayardaki yazılı ifadelerin vasiyetname olarak kabul edilmesine engel olacağı açıktır. Ancak bilgisayarda klavye kullanarak yazılmış bir vasiyetname metninin elektronik imza ile imzalanması durumunda acaba aynı geçersizlik müeyyidesi uygulanmalı mıdır?

5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu konu hakkında biraz daha düşünmek gerekir. EİK. m. 5'de güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı sonuçları doğuracağı hükme bağlanmıştır. Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrası ise elektronik imza ile yapılamayacak işlemleri düzenlemektedir. Buna göre " Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez". Buna göre evlenme sözleşmesi, resmî vasiyetname, tapu tescil işlemleri gibi resmî şekilde yapılması gereken işlemler elektronik imza ile yapılamaz. Kefalet sözleşmesi de teminat amacını taşıdığı için bu kapsamda değerlendirilmelidir. El yazılı vasiyetnamede aranan şekil nitelikli yazılı şekildir⁹⁴. Elektronik imza kanunu açısından el yazılı vasiyetnamenin elektronik imza ile imzalanması herhangi bir sorun oluşturmaz. Vasiyetnamedeki imza geçerli olmakla birlikte metnin de el yazısı ile yazılmış olması şartının incelenmesi gerekmektedir.

Bilgisayar ortamında dijital olarak hazırlanmış bir metnin elektronik imza ile imzalanarak geçerli bir vasiyetname yapıp yapılamayacağı hususu araştırılırken kanunun el yazısı ile yazılmış olma şartını amaca uygun olarak biraz daha esnek yorumlanmak gerekir. Buna geçmeden önce elektronik imza ve taşıdığı fonksiyonlar üzerinde kısaca durmak yerinde olur.

aa) Elektronik İmzanın Fonksiyonları

⁹³ Elektronik İmza ve Dijital imza kavramları için bkz. SAVAŞ, 268 vd.

⁹⁴ SEROZAN, ERGİN, 219.

El yazısı ile atılan imza bazı fonksiyonlara sahiptir. Bunlar sonuçlandırma fonksiyonu, kimliği tespit fonksiyonu, gerçeklik fonksiyonu, uyarı fonksiyonu, devamlılık fonksiyonu ve ispat fonksiyonudur⁹⁵.

El ile atılan imzanın sahip olduğu bu fonksiyonların elektronik imzada da olması, elektronik imzaya olan güveni artıracığı gibi kullanımının yaygınlaşmasına da katkısı olur. Bu sebeple her bir fonksiyonun elektronik imzada da olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Sonuçlandırma fonksiyonunun gereği olarak el yazılı imza, metni örter ve imzanın üstündeki metnin, yazan kişiye ait olup onun rızasıyla eksiksiz kaleme alındığını gösterir⁹⁶. İmzanın altındaki metnin ise imza sahibine ait olmadığını gösterir. Ayrıca metne yapılan eklemelerin de imza sahibini bağlamaması sonucunu doğurur⁹⁷. Elektronik imza da aynı fonksiyona sahiptir⁹⁸. Elektronik imza ile imzalanmadan önce tasarı olarak hazırlanan metnin hash değeri hesaplanır. Bu hash değerinin elde edilmesi için metnin tamamen bitirilmesi gerekir. Çünkü yapılacak en ufak bir ekleme hash değerinin değişmesine sebep olur⁹⁹. Hash değerinin bulunmasından sonra metin elektronik imza ile imzalanır. Burada atılan imza metnin tamamını kapsamaktadır. Metin ile imza arasındaki bu sıkı ilişki, el ile atılan imzaya oranla daha fazladır¹⁰⁰. Çünkü el ile atılan imza, aynı materyal üzerinde de olsa metnin sonrasında yer alır. Burada şeklen kurulan bağ, elektronik imzada metni oluşturan her bir karaktere sirayet etmektedir¹⁰¹.

El ile atılan imzanın sahip olduğu ikinci fonksiyon kimliğin tespit edilmesidir. Gerçekten imza, genel olarak isim ve soyisimden oluşmaktadır¹⁰². Soyadı Kanununun ikinci maddesinde imzanın isim ve soyisimden oluşacağı ifade edilmiş olmakla beraber, bu zorunlu bir unsur değildir¹⁰³. Paraf olarak

⁹⁵ ŞENOCAK, 125; REED, 3.1.3..

⁹⁶ KATZ, 2.

⁹⁷ SMEDINGHOFF, 10; OĞUZMAN/ÖZ, 116.

⁹⁸ KATZ, 2.

⁹⁹ LUPTON, Parg, 11.

¹⁰⁰ ŞENOCAK, 125.

¹⁰¹ Teorik olarak el ile imzalanmış metne sonradan konulacak bir nokta, virgül gibi çok küçük eklemeler kolaylıkla fark edilemez. Ancak elektronik imzalı metne yapılacak böyle bir ekleme hash değerinin değişmesine sebep olur. Bu da hemen fark edilir.

¹⁰² DURAL/ÖZ, 86.

¹⁰³ EREN, 246; DURAL/ÖZ, 86.

isimlendirilen isim ve soyismin baş veya ilk harflerinin kısaltması şeklinde bir işaret da imza olarak yetmektedir¹⁰⁴. Elektronik imzanın sadece üretilmiş olması ve kullanılması kimliğin tespit edilmesi için yeterli değildir. Çünkü kötünietli kişiler gerçek isimlerini kullanmadan ve kendilerine ait olduğunu kesin bir biçimde belgelendirmeden elektronik imza üretebilir ve kullanabilirler¹⁰⁵. Bu sebeple elektronik imzanın belli bir gerçek kişiye bağlanması gerekmektedir. Bu da elektronik sertifika ile gerçekleştirilmektedir. Güvenli elektronik imza, ancak nitelikli elektronik sertifikaya bağlanması durumunda kullanan kişiye ait olduğu kesin bir şekilde belgelenmiş olur (EİK. m. 4/ c). Elektronik imzanın nitelikli elektronik sertifikaya bağlanması durumunda artık kullanan kişinin kimliği de belirlenmiş olur. Böylece el ile atılan imzanın sahip olduğu kimliğin tespit edilmesi fonksiyonu elektronik imza için de sağlanmış olur. Elektronik imza oluşturma araçlarının kullanılmasında kimlik denetleyen biyometrik sistemlerin kullanılması elektronik imzanın kullanan kişiye ait olduğunu daha kuvvetli bir şekilde tespit edecektir¹⁰⁶.

Elektronik imzanın gerçeklik fonksiyonu, el ile atılan imzaya oranla daha zayıftır. Çünkü el ile atılan imza, aradan uzun zaman geçse de sahibine ait olup olmadığı yapılan araştırma sonucunda tespit edilebilir. Özellikle ticaret sicili gibi imzaların uzun süre saklandığı ve gerektiğinde karşılaştırma amacıyla tekrar incelendiği ortamlarda, elektronik imzaların uzun süre saklanması bazı sıkıntılara yol açabilir. Gelişen teknoloji sebebiyle daha hızlı işlemciler ve gelişmiş şifre çözme teknikleriyle elektronik imza ile imzalanmış belgeler geride iz bırakılmadan değiştirilebilir. Bu da elektronik imzanın el ile atılan imzaya oranla gerçeklik fonksiyonunu zayıflatmaktadır¹⁰⁷.

El ile atılan imzanın sahip olduğu uyarı fonksiyonu elektronik imzada da bulunmaktadır. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı elektronik imza almak ve kullanmak üzere kendisine müracaat eden kişiyi sertifikanın kullanımına ilişkin özelliklerde ve güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile eşdeğer olduğu hakkında sertifikanın tesliminden önce yazılı olarak bilgilendirmekle yükümlüdür (EİK. m. 10/ e). Bu bilgilendirmenin yapılması elektronik imzanın uyarı fonksiyonunu gerçekleştirmektedir¹⁰⁸. Ayrıca kişilerin elektronik imza almak üzere hizmet sağlayıcısına müracaat etmeleri, kullanmak için gerekli

¹⁰⁴ EREN, 246; ALTAŞ, 75

¹⁰⁵ LUPTON, Parg., 14, 15; KESER BERBER, 153.

¹⁰⁶ ŞENOCAK, 126; KESER BERBER, Leyla/LOSTAR, Murat, Bilişimde Biyometrik Yöntemler, Ankara 2006, 29.

¹⁰⁷ ŞENOCAK, 127.

¹⁰⁸ SCHLAURI, 116.

donanımı edinmeleri bir takım maliyetleri de beraberinde getirmektedir¹⁰⁹. Belli bir ücret ödeyerek bu alt yapıyı hazırlayan kullanıcının, imzanın atılması sırasında aslında basit ama tesadüfen yapılması mümkün olmayan derecede karmaşık işlemleri birden fazla yapması, belirli ikonların fare ile tıklanması gibi aşamalar elektronik imza kullanan kişiyi uyarması için yeterli olmalıdır. Elektronik imza, elektronik ortama ve imza sistemine olan güvensizlikten ve teknolojinin alt yapısının bilinmemesinden kaynaklansa bile kişileri kullanmaktan alkoyuyorsa, yine bir uyarı fonksiyonunu icra ediyor demektir. El ile atılan imzanın daha sonradan aleyhine kullanılabilmesi ya da taklit edilerek usulsüz kullanılması ihtimalinde kişiler imza atmaktan kaçınıyorlarsa ve bu da imzanın uyarı fonksiyonu neticesinde gerçekleşiyorsa aynı durumun elektronik imzada yaşanması yadırganmamalıdır. Bu sebeple kişilerin henüz elektronik imza kullanma hususunda bilinçlenmemiş olmalarından ve el ile atılan imza gibi görmemelerinden hareketle elektronik imzanın uyarı fonksiyonunu tam olarak yerine getiremediğini ifade eden görüşe¹¹⁰ katılmıyoruz.

Elektronik imza ile imzalanmış olan bir veri, cismanî bir özelliğe sahip olmasa bile veri taşıyıcılar üzerine kaydedilmeleri durumunda uzun süre muhafaza edilebilir. Bu veriler gerektiğinde bir bilgisayar ile okunabildikleri gibi yazıcı vasıtasıyla da kağıda dökülebilirler. Bu sebeple elektronik imzalı belge, el ile atılan imza gibi devamlılık fonksiyonuna sahiptir¹¹¹. Ayrıca elektronik imzalı belgenin elektronik bir veri olması sebebi ile dijital ortamda kopyalanması da mümkündür. Elde edilen kopyalar ile asıllar arasında herhangi bir fark olmadığı için aynı nitelikte bir çok elektronik belge oluşturulabilir¹¹². Dolayısıyla saklanmaları daha kolay, yok olmaları ise aksine daha zordur. Ancak gelişen teknoloji ile elektronik imza atmada kullanılan programların eskimesi ve kullanımdan kalkması devamlılık fonksiyonunun işlemesine engel olabilir. Bu sebeple gerekli önlemler alınmalıdır¹¹³.

¹⁰⁹ **TÜFEKÇİ**, 6 vd. Sertifika kullanıcıları, kart, okuyucu ve token gibi yazılım ve donanım gereksinimlerinin yanı sıra, sertifikalara da belli bir ücret ödemek durumundadır. Sertifikadan sertifika sahibine veya diğer kişilere doğabilecek zararlar için mali sorumluluk sigortası yaptırılması bir zorunluluktur; bu durumda sertifika maliyetleri daha da artar. Sertifikaların geçerlilik süresi sonunda yenilenmeleri, iptal durumlarında yenilenmeleri diğer ek maliyet unsurlarıdır (**TÜFEKÇİ**, 8-9).

¹¹⁰ **ŞENOCAK**, 127.

¹¹¹ **ŞENOCAK**, 128.

¹¹² **EROĞLU**, 223, dn. 69.

¹¹³ **ŞENOCAK**, 128.

Elektronik imza ile imzalanmış olan verilerin bir ihtilaf vukuunda kesin delil olarak kullanılması EİK. yürürlüğe girmeden önce mümkün değildi. Bu veriler ancak yazılı delil başlangıcı olarak değerlendirilebiliyordu¹¹⁴. Ancak Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra bu sorun çözülmüş oldu. EİK. m. 23/ f. 2, HUMK.'nun 295. maddesine ek olmak üzere 295/A maddesini eklemiştir. Buna göre" usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar". Dolayısıyla elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü kazanmıştır¹¹⁵.

EİK. m. 5/ f.I'e göre elektronik imza elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur. Getirilen bu hüküm ile yazılı şekle bağlı olan sözleşmelerle tek taraflı hukukî işlemler elektronik imza kullanılmak suretiyle yapılabilir. Dolayısıyla elektronik imza ile imzalanmış olan bir verinin yazılılık şartını yerine getirmediğinden artık söz edilemez¹¹⁶.

bb) Elektronik İmzalı Vasiyetname

Medeni kanun vasiyetnamenin baştan sona el ile yazılmış olması şartını hem vasiyetçinin kimliğini tespit edebilmek¹¹⁷ hem de son arzularını açıklarken ne yaptığını bilip bilmediğini yani ciddiliğini ve bu son arzuların kesinliğini ve vasiyetnamenin gerçekliğini¹¹⁸ temin etmek açısından gerekli görmüştür¹¹⁹. Elle yazmış olma şartı vasiyetçiden sadır olan yazı demektir. Çünkü daktilo ile yapılan bir vasiyetnamenin metninde, yazanın kimliğini teşhise yarayacak herhangi bir iz bulunmamaktadır. Daktilo ile yazılmış veya bilgisayardan çıktısı alınmış bir metnin altının imzalanması durumunda imzanın teşhis fonksiyonu

¹¹⁴ **KESER BERBER**, 210.

¹¹⁵ **BİÇKİN**, 358.

¹¹⁶ Ancak doktrinde elektronik bir verinin dijital kodlar halinde tespit edilmiş olması ve bunların bir bilgisayar veya yazıcı olmaksızın kendiliğinden okunabilir olmadıkları gerekçesi ile yazılılık şartının yerine gelmediği ileri sürülmektedir **FRINGUELLI**, P. G./**WALLHÄUSER**, M, Formerfordernisse beim vertragschluss Im Internet, CR 1999, s. 94. (**ŞENOCAK**, 128'den naklen). Bu görüşün karşısında yer alan diğer bir görüş ise bu gün bilgisayar ve ilgili donanımların bir gözlük kadar yaygın olduğunu ve verinin muhtevasının aynen yazıya çevrilmesi mümkün olduğu için yazılılık şartının yerine gelmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir **EBBING**, F., Shriftform und E-mail, CR 1996, s. 274 (**ŞENOCAK**, 128'den naklen).

¹¹⁷ **DURAL**, 16; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, 193; **DURAL/ÖZ**, 79; **İMRE/ERMAN**, 68.

¹¹⁸ **DURAL**, 16.

¹¹⁹ **SEROZAN/ENGİN**, 218; **OĞUZMAN**, 119..

sadece kendisi için hüküm ifade eder. Metnin altındaki imza, makine ile yazılmış metnin kime ait olduğunu doğrudan değil kendisinin teşhis fonksiyonu aracılığıyla dolaylı olarak tespit etmektedir. Böyle bir vasiyetname metnin kime ait olduğu konusundaki şüpheler sebebi ile iptal edilebilir olarak kabul edilmiştir. Yoksa imzanın sonuçlandırma fonksiyonu işlemektedir. Dolayısıyla imzanın, vasiyetnameyi yazan kişinin kimliğini tespit ve teşhis fonksiyonu¹²⁰ kanaatimizce el yazılı vasiyetnamede sadece imzanın kendisine hasredilmiştir¹²¹. Metnin el yazısı ile yazılmış olması da metin için teşhis fonksiyonunu ayrıca ifade etmektedir.

İmza elle yazılan metnin altına atılabileceği gibi vasiyetname metninin içerisine konduğu zarfın üzerine de atılabilir¹²². Dolayısıyla imza ile metin arasında çok sıkı bir organik ilişki aranmamaktadır. Burada önemli olan vasiyetnamenin kim tarafından düzenlendiğinin ve düzenleme iradesinin varlığının tespitidir¹²³.

Metnin tamamen el yazısı ile yazılmış olması şartının yanında metnin beklisi de yüzde birine bile tekabül edemeyecek kadar küçük olan el ile imza şartının ayrıca aranmış olmasının daha çok sonuçlandırma fonksiyonu için arandığı anlaşılmaktadır. Çünkü imzanın teşhis fonksiyonunun yanında diğer bir işlevi de altında bulunduğu metnin içeriğinin kabul edildiği anlamına gelen sonuçlandırma fonksiyonudur¹²⁴.

Bilgisayarda oluşturulmuş ve elektronik imza ile imzalanmış bir metinde elektronik imzanın kendisi açısından teşhis fonksiyonunu ve metin açısından sonuçlandırma fonksiyonunu gerçekleştirdiği açıktır. Burada özellikle metnin elle yazılmış olması şartının dolayısıyla metne ait olan teşhis fonksiyonunun nasıl gerçekleştiğinin tespit edilmesi gerekir.

Yukarıda belirtildiği gibi elle yazılan vasiyetnamede imza ile metin arasındaki ilişki çok sıkı bir organik ilişki değildir. Metnin içeriğinin ne olduğu metni kimin yazdığı ve bu metnin içeriğini gösterecek şekilde bir bağın olması yeterlidir. Bu metnin el yazılı olarak zarfın içerisinde imzanın da bu metni içeren zarfta olması şeklinde gerçekleşebileceği¹²⁵ gibi birkaç sayfa

¹²⁰ **KÖPRÜLÜ**, 157; **OĞUZMAN**, 123; **DURAL/ÖZ**, 86.

¹²¹ İmza yerine kişinin teşhisini sağlayacak paraf veya başkaca işaretlerin kullanılması durumunda da imza şartının yerine geldiği ifade edilmektedir **KÖPRÜLÜ**, 157; **OĞUZMAN**, 123-124.

¹²² **DURAL/ÖZ**, 87; **SEROZAN/ENGİN**, 220.

¹²³ **SEROZAN/ENGİN**, 220; **İMRE/ERMAN**, 68.

¹²⁴ **DURAL/ÖZ**, 86.

¹²⁵ **SEROZAN/ENGİN**, 220-221.

uzunluğundaki vasiyetname metninde imzanın son sayfada ve metnin altında olacak şekilde atılması ile de gerçekleşebilir. Önemli olan metnin sayfalarının bir insicam içerisinde birbirinin devamı niteliğinde olduğunun anlaşılmasıdır¹²⁶. Pratikte gerçekleşmesi çok mümkün olmamakla birlikte teorik olarak kağıda önce imzanın atılması ve sonra üzerinin el yazısı ile doldurulması mümkündür. Önemli olan imzanın metni mecazi olarak kuşatması ve noktalamasıdır¹²⁷.

Elektronik metnin elektronik imza ile imzalanması durumunda ise elektronik imza metnin tamamını örter. Burada imza, metnin tamamı açısından hem sonuçlandırma fonksiyonunu hem de teşhis fonksiyonunu yerine getirmektedir. Elle atılan imzadaki gerçekleşebilecek fiziki ayrılıklar elektronik imzada gerçekleşmez. Çünkü ayrı olan metin imzasız demektir. Dolayısıyla imzanın hiçbir fonksiyonundan yararlanamaz. İmzalı metin ise her bir karakterine sirayet etmiş olan elektronik imza ile tamamen kuşatılmıştır. Dolayısıyla elle atılan imzanın taşınması arzu edilen mecazi anlamdaki metni kuşatma ve sonradan yapılacak eklemelere kapatma elektronik imza ile gerçek anlamda sağlanmaktadır.

Elektronik imza ile imzalanmış olan bir metin, elektronik imzanın teşhis fonksiyonunun bir sonucu olarak her karakterinin imzalayan kişi tarafından yapılmış olduğunu kabul etmemiz gereken bir metindir. Çünkü elektronik imza, metnin altına atılan ve fiziksel olarak aynı materyal üzerinde bulunmasına rağmen metinden bağımsız duran el yazılı imzadan farklıdır. Elektronik imza metnin tamamını kuşatır ve tabiri caiz ise her karaktere sirayet eder. Bu durumda el yazısının sağlamış olduğu teşhis fonksiyonu her karakter açısından gerçekleşmiş olmaktadır. Elektronik imzalı metnin muhtevasının en küçük bir karakter ilavesi ile tekrar şifrelenmesi durumunda orijinalliğinin bozulacağı gerçeğinin karşısında¹²⁸, elektronik imzalı metnin içerisindeki her karakterin imzalayan kişiye aidiyeti sağlanmış olur.

Vasiyetnamenin taşınması gereken şartlardan biriside ne zaman yapıldığının belli olmasıdır. Bu amaçla vasiyetnamenin tarihinin de elle atılması

¹²⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 194; DURAL, 20; DURAL/ÖZ, 86; OĞUZMAN, 124.

¹²⁷ SEROZAN/ENGİN, 220.

¹²⁸ El yazılı vasiyetnamede metne başkaları tarafından yapılan eklemeler metni tamamen geçersiz kılmamakta sadece yapılan eklemeler geçersiz sayılmaktadır KÖPRÜLÜ,160. Oysa elektronik imzalı metne ekleme yapıldığında yapılan eklemenin nereye yapıldığının tespit edilememesi sebebi ile vasiyetnamenin tamamının geçersiz sayılması gerekir. Ancak bu durum dijital bir veri olan bu metnin farklı kopyalarının karşılaştırılarak oynanmamış ve ekleme yapılmamış nüshanın geçerli olarak kabul edilmesi ile aşılabılır.

gerekir. Elektronik ortamda yapılan ve içerisinde tarih yer alan dijital bir metnin elektronik imza ile imzalanmış olması durumunda imzanın taşıdığı fonksiyonlar tarih için de geçerli olacaktır. Ayrıca elektronik imzayı oluşturan elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından sunulan zaman damgası hizmeti ile de elektronik imzalı metne, oluşturulduğu zamanı gösteren bir metnin eklenmesi de mümkündür. Böylece metne elle yazılan ve doktrinde yanlış olsa bile vasiyetnamenin geçerliliğini etkilemediği ifade edilen¹²⁹ tarihin gerçekliği üzerindeki tartışmalar da sonlanmış olur.

Elektronik imza ile yapılmış bir vasiyetname klasik el yazılı vasiyetnamenin taşıdığı özelliklerin birçoğunu daha etkili olarak taşımaktadır.

Bir kere klasik el yazılı vasiyetname, yapılmasındaki kolaylık sebebiyle tercih edilmektedir¹³⁰. Elektronik imza da karmaşık gibi görünmesine rağmen bilgisayar kullanabilen kişilerin yapabileceği kolay¹³¹ ve kağıt masrafı bile olmayan bir imkandır. Belki elektronik imzanın başlangıçta temin edilmesi biraz masraflı olabilir. Ancak bu donanım ve yazılım fiyatlarının devamlı düştüğü bir zamanda ve bilgisayar sahibi olan kişilerce karşılanamayacak bir masraf değildir.

El yazılı vasiyetnamenin sahip olduğu diğer bir ayrıcalık da gizliliğidir¹³². Bu gizlilik hem vasiyetnamenin muhtevası hem de içeriği açısından geçerlidir¹³³. Özellikle vasiyetnamenin şifreli olarak yapılması durumunda başkaları vasiyetnamenin varlığından haberdar olsalar bile sadece anahtara sahip olan kişiler içeriğine ulaşabilirler. Bu da vasiyetnamenin en önemli özelliklerinden birisi olan gizlilik fonksiyonunu daha iyi bir şekilde yerine getirmesine imkân tanır¹³⁴. Vasiyetnamenin elektronik imza ile yapılması da gizlilik açısından önemlidir. Hem vasiyetnamenin varlığı hem de muhtevası açısından bu gizlilik sağlanmış olmaktadır. Özellikle vasiyetini elektronik imza ile imzalayan vasiyetçinin ölümünden sonra kullanılmasına imkân verdiği açık anahtarlar ile vasiyetçinin ölümüne kadar varlığından haberdar olsalar ve elde etseler bile kimse tarafından okunması mümkün olmayan bu vasiyetname ölümünden sonra herkes tarafından okunabilir hale getirilebilir. Hatta vasiyetçi bu

¹²⁹ **ANTALYA**, 101; **SEROZAN/ENGİN**, 219; **DURAL/ÖZ**, 84.

¹³⁰ **DURAL**, 12; **İMRE/ERMAN**, 67; **AKKANAT**, 801; **ANTALYA**, 99; **AYAN**, 79; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, 174; **SEROZAN/ENGİN**, 218.

¹³¹ **KESER BERBER**, 138.

¹³² **DURAL**, 13; **AKKANAT**, 801; **ANTALYA**, 99; **AYAN**, 79; **İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ**, 174; **SEROZAN/ENGİN**, 218; **İMRE/ERMAN**, 67.

¹³³ **AKKANAT**, 801-802.

¹³⁴ **DURAL**, 22.

veriyi internet ortamına bilgisayara indirilebilir (download) şekilde koymuşsa internet bağlantısının olduğu her yerden buna ulaşmak ve okumak mümkün olur. Bu da gizlilik fonksiyonunun elektronik vasiyetnamede klasik elle yapılan vasiyetnameye oranla daha işlevsel olarak yerine geldiğini göstermektedir.

El yazılı vasiyetnamenin taşıdığı bazı sakıncalar da elektronik vasiyetname ile ortadan kalkmaktadır. Klasik elle yazılan vasiyetnamenin maruz kaldığı en büyük tehlikelerin başında yok olma ve bulunamaması gelmektedir¹³⁵. Çoğunlukla vasiyetname tek nüsha olarak yapılacağından vasiyetnamenin kaybolma veya ulaşılamama tehlikesi vardır. Gerçi doktrinde vasiyetnamenin varlığından kuşku duyulmuyorsa resminin veya fotokopisinin ya da içeriğine ulaştıran diğer verilerin varlığı halinde vasiyetname varmış gibi kabul edilmektedir¹³⁶. MK. M. 543/II'den böyle bir anlam doğru olarak çıkmaktadır. Vasiyetname elektronik imzalı olarak yapılırsa hem bunun nüshalarının çoğaltılması mümkün olur hem de niteliği sebebiyle aslının aynı olan diğer nüshalar da vasiyetnamenin varlığı ve saklanması için daha güvenli bir imkân sunarlar. Elektronik veriler arasında asıl-kopya ayrımı olmadığına göre vasiyetin kaybolmasının veya üçüncü kişilerce tahrif edilmesinin de önüne geçilmiş olur.

Elle yazılan vasiyetnamedeki diğer bir sorun da taslaklar ile gerçek vasiyetnamelerin birbirinden ayrılmasındaki güçlülüdür. Bazen kişilerin vasiyetname yapmak üzere çalıştıkları taslaklar olabilir. Bunlar, el yazılı vasiyetnamenin taşınması gereken özellikleri taşıyorlarsa gerçeklerinden ayrılması imkânsız derecesinde zordur¹³⁷. Belki aynı problem elektronik vasiyetnameler açısından da geçerli olabilir. Ancak elektronik imzanın uyarı fonksiyonunun¹³⁸ elle atılan imzaya oranla daha fazla olması sebebiyle elektronik imzalı vasiyetnamelerin projeden öte son metin olduğu yönünde daha kuvvetli bir durum ortaya çıkabilir.

Bu durumda kanunun açıkça el ile yazılmış olma şartını aramasına rağmen, hükmün konuluş amacını da göz önünde bulundurarak klavye ile bilgisayar ortamında dijital olarak yazılmış ve elektronik imza ile imzalanmış vasiyetnameleri de geçerli kabul etmek gerekir. Aksine bir düşüncenin kabulü baş döndürücü bir hızla gelişen teknoloji karşısında hukukun yetersiz kalması ve değişen ihtiyaçlara cevap verememesi sonucunu doğurur. Aşağıda da ele alındığı

¹³⁵ DURAL, 13; AKKANAT, 801; ANTALYA, 99; AYAN, 79; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, 174; SEROZAN/ENGİN, 221.

¹³⁶ SEROZAN/ENGİN, 220.

¹³⁷ DURAL, 14; ; AKKANAT, 801; ANTALYA, 99; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, 174; SEROZAN/ENGİN, 218.

¹³⁸ SCHLAURI, 116.

gibi yangın, düşme tehlikesi içerisindeki uçak, batan veya batacağı anlaşılan gemi gibi yerlerde bulunan kişilerin vasiyetname yapmak istemelerinden daha doğal bir şey olamaz. Hatta insanın aklına vasiyetname yapmak düşüncesi ölüm ile tanıştığı bu durumlarda gelir. Böyle bir durumda asker olan kişinin komutanına, uçaktaki kişinin pilota, gemideki kişinin kaptana veya diğer kişilere giderek sözlü vasiyet yapmasının hiçbir anlamı olmayacaktır. Çünkü bu kişilerin de kendisi gibi ölmesi kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir durumda yukarıda açıklandığı şekilde bir vasiyetname yapma imkanı varsa bunu kullanmak ve internete yollamak, son arzularını kendisi ile birlikte mezara götürmemek için en uygun yoldur¹³⁹.

3. Sözlü Vasiyet

Sözlü vasiyet, kanunun öngördüğü olağanüstü hallerde veya bu hallere

¹³⁹ Karş. **SEROZAN/ENGİN**, 214. Yazar burada ölüme bağlı tasarruflardaki sıkı şekil şartlarından bahsetmekte ancak şekle ilişkin kuralların çok sıkı yorumlanmak suretiyle ulaşılabilecek sonucun da mezara girme noktasındaki birinin son arzularını da ayakta tutma (in favoren testamenti) düşüncesine aykırı olacağını belirtmektedir. Yazarlar ayrıca vasiyet hukukunda şekle ilişkin kuralların sosyal ve ekonomik şartların da etkisiyle yumuşamaya doğru gittiğini ifade etmektedir. Aksine bir düşüncenin akıntıya karşı kürek çekmek olduğunu ifade eden yazarlar düzenleme yeri ve düzenleme tarihi konusundaki yaklaşımları örnek olarak göstermektedirler **SEROZAN/ENGİN**, 222. İnternet çağında ve her türlü işlemin elektronik ortama taşındığı bir ortamda elektronik imzalı vasiyetnamenin kabul edilmemesi akıntıya karşı kürek çekmek olarak algılanmalıdır. **AYBAY** ise video kaset, CD ve internet siteleri (yazar burada elektronik veri taşıyabilen her türlü aracı kastetmiş olmalıdır) gibi araçlar üzerine vasiyetçinin son isteklerinin daha sağlıklı olarak tespit edilebileceğini ifade etmektedir. Kanaatimizce bu, bizim ulaşmak istediğimiz sonuca benzer bir görüştür. Ancak görüntü ve ses kayıtlarının tespiti bir ispat aracı olsa bile kanunun aradığı genel vasiyetname profiline uymamaktadır. Dolayısıyla son istekleri ihtiva eden bu kayıtlar hukukî işlemin diğer unsurlarını taşımadıkları için geçerli olmamalıdır. Ancak ses veya görüntü kaydetmeye yarayan araçlara tespit edilmiş görüntü ve ses kayıtlarını “son arzularım bu kasetin (veya cd, dvd yada disket) içerisinde” diyerek kapalı bir zarfa koyup üzerini de kendi el yazısı ile imzalayan kişinin bu tasarrufunu nasıl değerlendirmek gerekir sorusu akla gelebilir. El yazılı vasiyetname profiline uymaması sebebiyle geçerli bir vasiyetname olarak değerlendirilemeyecek olan bu kayıtlar varlığı hususunda şüphe duyulmayan ancak muhtevasına ulaşamamış başka bir vasiyetnameyi destekleyen ve yorumuna yardımcı olan veriler olarak kabul edilebilir. Ancak şu ifade edilebilir ki Elektronik imza ile yapılan vasiyetname, kanunun aradığı şartları da yerine getiren bir yöntem olması sebebiyle kanunun lafzına uymuyor gibi gözükse de ruhuna uygundur.

benzeyen başka durumlarda, resmî vasiyetname veya el yazılı vasiyetname düzenleme imkânına sahip olamayan miras bırakanın iki şahit huzurunda son arzularını söylemek suretiyle yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruftur¹⁴⁰.

Sözlü vasiyet¹⁴¹ ancak olağanüstü durumların varlığında ve diğer vasiyetname türlerinin yapılması imkânı olmadığı durumlarda başvurulabilecek istisnai bir yoldur¹⁴².

Sözlü vasiyet yapabilmek için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar MK.m.539/f.1 de sayılmıştır. Buna göre olağanüstü bir durumun varlığı bu şartlardan ilkidir. Kanun bu olağanüstü şartların neler olduğunu sınırlayıcı olmayan bir ifade ile saymıştır. Yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık¹⁴³, savaş halleri sayılmış ve "gibi" demek suretiyle bunlara benzer durumlarda da sözlü vasiyet yoluna gidilebileceği ifade edilmiştir. Nitekim sel baskını, deprem¹⁴⁴, gemi veya uçak yolculuğu sırasındaki

¹⁴⁰ OĞUZMAN, 125; AYAN, 81; KÖPRÜLÜ, 161–162; KAYAK, S., Sözlü Vasiyetname, İÜHF.M., C. LVIII, S. 1-2, 200–201.

¹⁴¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girmeden önce EMK'da sözlü vasiyetname tabiri kullanılmaktaydı. Bu durum doktrinde "name " ifadesinin yazılı olmayı gerektirmesi sebebi ile eleştirilmişti AYİTER, N./ KILIÇOĞLU, A., Miras Hukuku, 2. bası, Ankara 1991, 90, dn. 25. Buna karşılık sözlü "vasiyet" in başlangıçta sözlü olmasına rağmen ileriki safhada hiç vakit kaybetmeksizin şahitlerce yazıya geçirileceği ve hemen hâkime tevdi edileceği, bu sebeple başlangıçtaki durumuna bakarak sözlü vasiyetname demekle bir sakınca bulunmadığı ifade edilmekteydi. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 219. dn. 187. Bu durum 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda kanuni terim olarak sözlü vasiyet şeklinde düzenlenmiş olduğu için artık tartışmaya mahal kalmamıştır. Buna karşın doktrinde sözlü vasiyetin en kısa zamanda yazılı hale getirilmesi zorunluluğu karşısında sözlü vasiyetname ifadesinin daha yerinde olduğu ve MK. m. 539'un kenar başlığının sözlü vasiyet olarak yazılmasının yerinde olmadığı ileri sürülmektedir. Bkz DURAL/ÖZ, 88, dn. 235. Sözlü vasiyet deyiminin gereksiz olduğu yönünde bkz. SEROZAN/ENGİN, 222.

¹⁴² KÖPRÜLÜ, 162; AYAN, 81; İMRE/ERMAN, 86.

¹⁴³ EMK m. 486 bulaşıcı hastalık ifadesine yer verilirken MK m. 539'da sadece hastalıktan bahsedilmiştir. Hastalık ifadesi gribe de içine alan geniş bir anlama sahiptir. Bu sebeple hastalığın diğer şekillerdeki vasiyetname yapma yoluna başvurulmasını engelleyecek derecede ağır olması aranmalıdır. DURAL/ÖZ, 90; Trafik kazası sonucu hastaneye kaldırılan bir kişi başka vasiyet yapma imkanı yoksa bu vasiyet türünü kullanabilir İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, 193.

¹⁴⁴ İMRE/ERMAN, 86; AYAN, 82; KAYAK, 206.

batma¹⁴⁵ veya düşme tehlikesi, çığ altında kalma, maden çöküntüleri¹⁴⁶ bu gibi durumlara verilebilecek diğer örneklerdendir. Bu şartların gerçekleşmiş olması vasiyetin geçerli olarak yapılabilmesinin ön şartıdır. Vasiyetçinin¹⁴⁷ bu durumda ölmesi vasiyetin geçerlik kazanması için şart değildir. Fakat vasiyetçi bu olağanüstü durumdan sağ kurtulduktan sonra başka bir vasiyet türüne müracaat edebilecekken bir ay geçtiği halde bunu yapmamışsa sözlü vasiyet hükümden düşer (MK.m. 541).

Sözlü vasiyet yapabilmek için kanunda sayılan diğer bir şart bu yola başvuracak kişinin başka türden bir vasiyetname yapabilme imkânının olmamasıdır. Buna göre resmî vasiyetname veya el yazılı vasiyetname yapabilecek durumdaki bir kişi sözlü vasiyet yoluna başvuramaz. Ancak kanaatimizce buradaki ifadeyi biraz daha geniş yorumlamak gerekmektedir. Özellikle el yazılı vasiyetnamede, böyle bir yola başvurulmuş olsa bile yapılmış bu vasiyetnameye ulaşma imkânının kalmayacak olması da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Nitekim bir gemide seyahat ederken geminin batmaya başlaması el yazılı vasiyet yapma imkânının olmasına rağmen sözlü vasiyet yoluna başvurmamak için yeterli ve makul bir sebep olarak kabul edilmelidir. Ayrıca kişinin karşılaştığı olağanüstü olay karşısında şoka girmesi ve kendisini çok yakın bir ölüm tehlikesi içerisinde zannetmesi ve sözlü vasiyette bulunması durumunda dahi somut olayın özellikleri de dikkate alınarak bu sözlü vasiyeti geçerli saymak gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁸.

Bu şartların gerçekleşmesi durumunda vasiyetçinin son arzularını iki şahide anlatması gerekir. Şahitler kendilerine yapılan bu teklifi kabul etmek zorunda değildir. Ancak kabul ederlerse kendilerine yüklenen bu vekâlet¹⁴⁹ görevini sonuna kadar ifa etmek durumundadırlar¹⁵⁰.

Şahitlerin okur yazar olmaları aranmadığı için, metnin mutlaka yazılı hale getirilmesi şart değildir. Ancak şahitlerin böyle bir tutanağı vasiyetin yapıldığı yer¹⁵¹ ve günü de belirtmek suretiyle yapmaları ve beraberce imzalamaları mümkündür. Böyle bir yol izlemek yerine şahitler hemen mahkemeye başvurup durumu tutanağa geçirtebilirler.

¹⁴⁵ OĞUZMAN, 127.

¹⁴⁶ KÖPRÜLÜ, 162.

¹⁴⁷ Kanunda "mirasbırakan" ifadesi kullanılmıştır.

¹⁴⁸ İMRE, Z., Türk Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1978, 146; KAYAK, 207.

¹⁴⁹ İMRE/ERMAN, 89; KÖPRÜLÜ, 164; KAYAK, 211.

¹⁵⁰ KÖPRÜLÜ, 164; AYAN, 82.

¹⁵¹ El yazılı vasiyette böyle bir şart olmamasına rağmen sözlü vasiyette, yapılma yerinin yazılması gerekmektedir.

Şahitlerin vasiyet yapılırken vasiyetçi ile beraber olmalarının ve onu beraberce dinlemelerinin vasiyetin geçerliliği için önemli bir şart olduğu ifade edilmektedir¹⁵². Şahitlerin her ikisinin de beraber olmalarının istenmesi, kanaatimizce, vasiyeti her ikisinin de vasiyetçinin ağzından çıkan ifade ile duymalarının istenmesidir. Yoksa bu hükmü katı olarak yorumlayıp her iki şahidin de aynı fizikî alanda olması gerektiği gibi bir sonuç kanunun amacı ile bağdaşmaz¹⁵³.

Yine şahitlerin miras bırakanı görmelerinin zorunlu olmadığı ve sadece sesini duymak suretiyle onun son arzularına şahitlik edebilecekleri kabul edilmektedir¹⁵⁴. Vasiyetçinin derin ve karanlık bir deliğe düşmesi veya depremde enkaz altında kalması ya da maden ocağında göçük altında olması durumu bu kapsamda değerlendirilebilir. Ancak hemen ifade edilmelidir ki bu durumda şahitler, görmedikleri ama sesini duydukları kişinin kimliği hususunda tereddüde düşmemelidirler¹⁵⁵.

Bu açıklananlar ışığında sözlü vasiyetnamenin elektronik iletişim araçları kullanılmak suretiyle internet ortamında yapılıp yapılamayacağı sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce sözlü vasiyetin bu şekilde yapılıp yapılamayacağını belirlemek için elektronik ortamın ve kullanılan iletişim aracının özellikleri değerlendirilerek bir sonuca varmak gerekir..

Her şeyden önce sözlü vasiyetin elektronik ortamda da yapılabilmesi için olağanüstü bir durum olmalıdır. Gerek kanunda ve gerekse doktrinde böyle bir vasiyetin elektronik olarak yapılması belki de düşünülmemiş olduğu için verilen olağanüstü hal örnekleri hep vasiyeti yapacak olan kişinin dışında aynı fiziki ortamda başkalarının da bulunması haline ilişkindir. Ancak bu her zaman böyle olmayabilir. Bazı durumlarda kişi, aynı mekanda başkaları ile fiziki olarak iletişim kurma imkanına sahip olamamasına rağmen elektronik iletişim araçları ile dış dünyaya ulaşabilir. Çöken maden ocağı her zaman yüzeye yakın

¹⁵² OĞUZMAN, 127, dn. 215b; AYBAY, 35; AYAN, 82; ANTALYA, 104.

¹⁵³ Örneğin çöken bir ocaktaki işçinin öleceğini anlaması durumunda sözlü vasiyet yapması için kendisini ocağın farklı iki tarafındaki birer kişinin duyduğunu bilmesi ve bunlara vasiyetini söylemesi sözlü vasiyet için yeterli olmalıdır. Bu şahitlerin de her biri mirasbırakanı kendisinden başka bir kişinin daha dinlediğini bilmesi durumun da sözlü vasiyetin tüm şartları gerçekleşmiş kabul edilmelidir.

¹⁵⁴ KÖPRÜLÜ, 165. Aksine bir düzenlemenin kabulü ama olan kimselerin şahitlik yapamayacağı sonucunu doğurur ki kanunda bizi böyle bir sonuca götürebilecek en ufak bir işaret dahi bulunmamaktadır.

¹⁵⁵ KÖPRÜLÜ, 165; KAYAK, 211.

olmayabilir¹⁵⁶. Maden ocağında mahsur kalan kişilerin seslerinin duyulamayacak kadar derinde olmaları onların kablolu telefon veya diafon benzeri araçlarla yukarıdakilere ulaşmalarına engel değildir¹⁵⁷. Böyle bir durumda enkaz altındakiler kimliklerini ifade ederek, yardım isteyebiliyorlarsa, öleceklerini düşündükleri zaman da son arzularını söyleyebilmelidirler. Bu sebeple karşılaşılan olağanüstü durumları mutlaka dış dünya ile fiziken iletişim kurulabilecek düzeyde olanlar ve olmayanlar olarak ikiye ayırmak ve fiziken ulaşma imkanı olmayanların sözlü vasiyet yapamayacaklarını ifade etmek doğru değildir.

Karşılaşılan olağanüstü durumlar, bazen kişilerin başkaları ile aynı fiziki ortamda olmalarına ve seslerini duyurmalarına rağmen söylediklerinin anlaşılabilmesi gibi sonuçları da beraberinde getirebilir. Uçakta veya gemide yolculuk yaparken diğer yolcuların dillerini bilmediği için onlara son arzularını ifade edemeyecek durumda olmak bu konuda verilebilecek en güzel örneklerdendir. Uçağın düşme tehlikesi içerisinde olması veya geminin batmaya başlaması dillerini bilmediği kişilere sözlü vasiyet yapma imkânından başka bir yol bırakmaz. Ancak böyle bir vasiyeti de fiilen yapmak mümkün değildir¹⁵⁸.

¹⁵⁶ **KÖPRÜLÜ**, bir binanın veya maden ocağının çökmesi durumunda enkaz altında bulunan kişinin fiziken görülmesi bile sesinin duyulması ve kimliğinin şüpheye mahal bırakmayacak kadar kesin bir şekilde tespit edilmesi durumunda sözlü vasiyetin geçerli olması gerektiğini ifade etmektedir **KÖPRÜLÜ**, 165. Ancak bu kimsenin bulunduğu yer alt katlarda ise ve sesi işitilememesine rağmen enkaz altından cep telefonu ile dışarıdakilere ulaşması durumunda ne olacağı hususunda bir işaret yoktur. Yazarın eserini kaleme almış olduğu zamanın teknolojisi göz önünde tutulursa bu konuya değinilmemiş olması tabiidir. Ancak çöken enkaz altındaki kişilere cep telefonu veya başkaca iletişim araçları ile ulaşıldığında da aynı fiziki ortamda bulunma şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir.

¹⁵⁷ Nitekim 1999 yılında yaşadığımız Marmara depreminde, enkaz altındaki pek çok insan cep telefonları aracılığı ile dışarıdaki yakınları ile irtibat kurarak yardım istemişlerdir. Yine 2004 yılında Konya'da Zümrüt apartmanının aniden çökmesi ile enkaz altındaki kişiler yerlerini telefonlarla bildirmişler ve yardım istemişlerdir. Bu durumlar cep telefonu gibi çağdaş iletişim araçlarının bu tür felaketlerde ne kadar önemli olduğunu ortaya koymuştur.

¹⁵⁸ 11 Eylül 2001 yılında ABD'deki ikiz kulelere yapılan intihar saldırılarında teröristler uçaktaki yolcuların aileleri ile cep telefonu aracılığı ile konuşmalarına izin vermişlerdi. Bazı yolcular da gizlice bu yola başvurmuşlardı. Bu kişilerin vasiyetname yapmak için tek yolları buydu. Bkz. Hürriyet Gazetesi 13 Eylül 2001 tarihli sayıs.

Bununla beraber yanında kendi dilini bilen kişilerin olması da sonuçta bir şeyi değiştirmeyecektir. Çünkü uçağın düşmesi veya açık denizde bir geminin batmaya başlaması durumunda kendisine sözlü vasiyet yapılan şahitler de aynı ortamda oldukları için vasiyeti yapan ile aynı âkıbeti paylaşacakları kuvvetle muhtemeldir. Kaldı ki bu durumda kişinin el yazılı vasiyetname yapabileceği de söylenebilir. Ancak sözlü vasiyete müracaat edebilmek için el yazılı vasiyet yapma imkânının olmaması şartını mutlak olarak aramak, el yazılı vasiyetname yapılsa bile buna ulaşmanın mümkün olmayacağı halleri de kapsayan bir şekilde anlaşılması gerekir. Böyle bir ortamda el yazılı vasiyetname imkânının da olmadığı kabulü daha uygun olur. Çünkü el yazılı vasiyetname yapılsa bile düşen uçakta veya batan gemide ya da yanan binada bu vasiyetname metnine ulaşmak mümkün değildir.

Sözlü vasiyet için getirilen ikinci önemli şart, vasiyetin sözlü olarak iki şahide aynı anda söylenmiş olmasıdır.

İki şahidin aynı anda orada olmasının istenmesi kuralı¹⁵⁹ da kanaatimizce çok sert yorumlanmamalıdır. Burada istenen şahitlerin her ikisinin miras bırakanın son arzularını bizzat miras bırakanın ağzından ve onun ifadeleri ile duymalarının istenmesi amacına yönelik bir şart olarak anlaşılmalıdır. Nasıl ki şahitlerin miras bırakan ile aynı fiziki ortamda olmamalarına rağmen sesini duymaları ve kimliğinde şüpheye düşmemeleri durumunda sözlü vasiyet yapılabileceği kabul edilmişse¹⁶⁰, şahitlerin de birbirleri ile aynı fiziki ortamda olmamalarına rağmen diğer bir şahidin daha olduğunu ve vasiyeti dinlediğini bilmeleri yeterli olmalıdır. Çöken enkazın altındaki bir kişi kendisine göre yukarıda olan ama kendilerinin de enkaz altında olduğu iki şahide son arzularını söyleyebilir. Bu durumda her iki şahidin birbirini görmesini veya duymasını aramak amaca uygun düşmez¹⁶¹.

<http://www.hurriyetim.com.tr/haber/0,,sid~1@w~@tarih~2001-09-13-m@nvid~30033,00.asp>

¹⁵⁹ OĞUZMAN, 127, dn. 215b.

¹⁶⁰ DURAL/ÖZ, 91; KÖPRÜLÜ, 165; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 222; OĞUZMAN, 127, dn. 216; KAYAK, 211.

¹⁶¹ Düşmekte olan bir uçaktaki yolcu peşpeşe iki ayrı kişiyi arayıp onlara son arzularını söylemesi durumunda da yine sözlü vasiyetin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Gerçi bazı cep telefonlarının gelen sesi dışarıya verip orada bulunanlara dinletme özelliği bulunmaktadır. Yine bazı şebekeler konferans görüşme imkânı sunmaktadırlar. Bu durumlarda konuşulanı birden fazla kişi aynı anda duymaktadır. Ancak uçağın düşmesi sırasında yolcunun bunları düşünmesini, uygulamasını ve dinleyenlerin de böyle özellikleri olan bir cep telefonuna ve hattına sahip olmalarını beklemek amaca uygun düşmez.

Şahitlerin birbirlerinden haberdar olmaları durumunda her ikisinin aynı ortamda bulunmaları gerekmediğine göre, bu kişilere elektronik iletişim araçları ile ulaşılması ve son arzuların online bildirilmesi hususu tartışılmalıdır. Gelişen teknoloji ile internet ortamında sesin ve aynı zamanda görüntünün aktarılması mümkün olmaktadır. Görüntülü konferans¹⁶² adı verilen bu imkan ile internet ortamında aynı anda online olan başka bir kullanıcı ile sesli ve görüntülü olarak iletişim kurulabilmektedir. Hatta bazen bu iki unsura yazılı görüşme de eklenebilmektedir. Böylece taraflar birbirlerinin sesini duymakla kalmamakta, aynı anda birbirlerini görebilmekte ve yazdıklarını da okuyabilmektedirler.

Kişinin içine düşmüş olduğu olağanüstü durumdan kurtulamayacağını anlaması ve yanındakilere de sözlü vasiyette bulunmasının faydasız kalacağını aşık olması ya da böyle bir imkanın bulunmaması durumunda internete bağlanabiliyorsa son arzularını bu yolla başkalarına anlatabilmelidir. Bunu hem görüntülü hem de sesli olarak iletişim sağlayan telekonferans yöntemiyle gerçekleştirebileceği gibi görüntü olmaksızın sadece sesli iletişim kurarak yapması da mümkün olmalıdır.

Burada akla gelebilecek soruların başında kendisine ulaşılan şahitlerin, miras bırakanın kimliğini tespit edip edemeyecekleri hususu gelmektedir. Her şeyden önce internet ortamında sesli ve/veya görüntülü iletişim kurmak, bu imkânı sağlayan serverlere abone olmayı gerektirmektedir. Buradaki abonelikten maksat sistemi kullanabilmek için bir kullanıcı adı ve kullanıcı şifresi almaktır. Bazı serverler sunmuş oldukları elektronik posta hizmetinin kullanıcılarına bu sesli ve görüntülü iletişim kurma imkanını da ayrıca başka bir üyeliğe gerek kalmadan sağlamaktadırlar. Bu durumda sistemi kullanmak için zaten kayıtlı kullanıcı olmak gerekeceğinden kimlik hususunda fazla bir problemle karşılaşılmaz. Kayıtlı kullanıcı olmak her iki taraf için de gerekli olduğu için bu şekilde iletişim kuran kişiler zaten önceden tanışan ve birlerini bilen kişilerdir. Ayrıca yapılan görüşme eş zamanlı olduğu için karşılıklı seslerin tanınması, sorular sorulması da bu durumu destekler.

Başkasına ait bir elektronik posta adresi ve şifresi kullanılarak yapılan bir iletişimde ise görüşme eş zamanlı olacağı için bu durum hemen fark edilebilir. Görüntülü konferans kullanılıyorsa, görüntü de olacağından kimlik tespitinde çok fazla bir güçlükle karşılaşılmaz.

Elektronik ortamda sözlü vasiyet yapmak için şahitlerle iletişim kurulması durumunda, şahitlerin de telekonferans sistemi ile birbirlerinin sesini

¹⁶² Web tabanlı konferans olarak da isimlendirilen bu sistem iki veya daha fazla sayıdaki bilgisayar aracılığı ile aynı anda hem sesli hem de görüntülü iletişim kurmayı ifade etmektedir. Bu konuda bkz. **KIRÇOVA, İ.**, İnternette Pazarlama, İstanbul 1999, 24; **ALTINIŞIK, İ.**, 21.

duymaları ve mümkün olursa kamera ile görüntülerini görmeleri yeterli olmalıdır. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi şahitlerin aynı anda miras bırakanı kendi ağzından duymaları şartı gerçekleşmiş olmaktadır. Şahitler isterlerse kendi aralarında da konuşabilmektedirler. Yapılan görüşme içerisinde yazma imkanının da olması ve hatta yazılanları, konuşulanları ve görüntüleri kaydetme imkanının bulunması karşısında elektronik ortamda yapılacak bir sözlü vasiyetin fiziki ortamda gerçekleşen vasiyetten daha az güvenli olduğunu ileri sürmek gerçeklerle bağdaşmaz. Batan bir gemide veya düşme tehlikesi içerisindeki bir uçakta olmak, bulunduğu yerde telefon, internet gibi iletişim araçları olmasına rağmen derdini anlatacak insan bulamayan veya sözlü ya da yazılı vasiyetname yapma imkanına sahip olmayan kişilerin vasiyetname yapma hak ve özgürlüklerinin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmamalıdır.

Medeni Kanununun 539. maddesinin gerekçesinde, şahitlerde okur yazar olma özelliğinin aranmadığı açıkça ifade edilmiştir. Çünkü ülkemizdeki okur yazar olanların oranı düşünüldüğünde, zaten çok istisnai durumlarda başvurulabilecek olan sözlü vasiyette, şahitlerin de okur yazar olmasının aranması pek çok olayda bu imkânı tamamen ortadan kaldırılabirdi. Bu noktada, kanunun düzenleniş amacı da göz önünde tutulursa, okur yazar olmayan veya konuştuğu dil anlaşılabilen bir şahit yerine kendisine, çevrimiçi ulaşılabilen ve konuşulanı anlayan şahit tercih edilmelidir.

Şunu da belirtmek gerekir ki şahitlere mutlaka bilgisayar tabanlı bir cihaz ile internetten ulaşmak gerekli değildir. Cep telefonları ile de telekonferans görüşme yapma imkanı olduğuna göre, farklı yerlerdeki şahitlerin vasiyetçi ile aynı hatta buluşmasını da bu kapsamda değerlendirmek gerekir¹⁶³. Zaten şu anki teknoloji ile cep telefonları ile görüntü nakli de mümkün olmaktadır. Bu sebeple görüşme yapılan araçların sayısını daraltmadan, ama sözlü vasiyet için gerekli olan tüm şartları da sağlamak suretiyle her türlü elektronik iletişim araçlarını bu kapsamda değerlendirmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda belirtilen sebeplerle somut olayda şartları oluşmuşsa elektronik iletişim araçları kullanılarak vasiyetçi ile şahitlerin karşılıklı ve eş zamanlı görüşmeleri yoluyla sözlü vasiyet yapılabilir.

¹⁶³ Son zamanlarda cep telefonlarında sesli mesaj servislerinin de devreye girmesiyle şebekedeki ana bilgisayara kaydedilen mesaj istenilen kişi ya da kişilere iletilmektedir. Sözlü vasiyet yapan kişinin aradığı tanıdığına ulaşamaması veya meşgul tonu alması durumunda sesli mesaj yollamak suretiyle de vasiyetini yapabileceği kabul edilmelidir. Teknolojik gelişmeler sayesinde mesajın kaydedilme yeri ve zamanı o sırada hangi şebekeden hat alınarak konuşulduğu kolayca tespit edilebilmektedir.

SONUÇ

Tek taraflı hukukî işlem kurulması için bir kişinin irade beyanının yeterli olduğu işlemdir. Bu işlemlerin bir kısmının yapılabilmesi için herhangi bir şekilde uyma zorunluluğu yokken diğer bir kısmı için kanun bazı şekil şartları aramıştır. Özel durumlar dışında, temsil yetkisi verilmesi, iptal ve ilan suretiyle vaad kurulabilmesi için tek kişinin irade beyanının yeterli olduğu işlemlerdir. Bunların internet ortamında da yapılabilmesi mümkündür.

Elektronik imza kanununun kabul edilmesi ile birlikte şekle bağlı bazı işlemler de elektronik imzalı olarak yapılabilmektedir. Ancak kanun resmî şekle bağlı ve özel bir merasim gerektiren işlemlerde elektronik imzanın kullanılamayacağını belirtmiştir.

Vasiyetname ve tanıma işlemlerinin yapılabilmesi için kanun bazı şekil şartları getirmiştir. Resmî şekle bağlı olan vasiyetname kanunun bu açık hükmü karşısında elektronik imza ile yapılamaz. Ancak kanun mevsuf yazılı şekilde yapılmasını istediği için el yazılı vasiyetname için böyle bir yasak getirmemiştir.

Kanunun el yazılı vasiyetname için aramış olduğu baştan sona el ile yazılmış olması şartı, vasiyetçinin şahsını tartışmasız bir şekilde tayin etmek için getirilmiş bir şarttır. Matbu veya makine ile yazılmış bir metnin atının imzalanması suretiyle yapılan vasiyetnameleri “yok” kabul etmemiş iptal edilebilir bir tasarruf olarak değerlendirmiştir. Ayrıca elleri olmayan kişilerin başka organlarıyla yazmış oldukları vasiyetnamelerin de geçerli olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Bununla beraber elleri olmasına rağmen başka bir organı ile vasiyetname yapan kişinin animus testandi ye sahip olması durumunda bu vasiyetnamenin de geçerli olarak kabul edileceği ifade edilmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere el ile yazılmış olma şartı lafzen katı bir şekilde yorumlanmamaktadır.

Elektronik imza 5070 sayılı kanunda da belirtildiği gibi el ile atılan imza ile aynı hukukî değere sahiptir. Tek bir kişi için üretilmiş olması, sadece onda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma araçları ile atılabilmesi, nitelikli elektronik sertifikaya bağlı olması elektronik imzayı kullanan kişinin kimliğini kesin bir şekilde tespit etmektedir. Bu imzanın oluşturulmasında biyometrik sistemlerden de yararlanılması bu konuda yaşanabilecek sıkıntıları da tamamen ortadan kaldıracaktır. Bilgisayarda yazılmış bir metnin elektronik imza ile imzalanması durumunda metnin sadece imza kısmı değil aynı zamanda metin kısmı da imzayı atan kişiye sıkı bir şekilde bağlanmış olmaktadır. Bu da el yazılı olma şartını yerine getirmiş kabul edilmelidir.

Sözlü vasiyet için de aynı şeyler geçerlidir. Vasiyeti yapan kişinin kimliği hususunda şüpheye duyulmayacak bir şekilde elektronik iletişim araçları kullanılarak sözlü vasiyet yapılması durumunda sadece vasiyetin tanıklara elektronik ortamda ulaştırılmış olması sözlü vasiyet sisteminin özülüyle

bağdaşmaz. Özellikle düşme tehlikesi içerisindeki bir uçakta veya batmakta olan bir gemi de çevredeki tanıklara sözlü vasiyette bulunulmasının hiçbir pratik faydası olmayacaktır. El yazılı vasiyetname de kendisinden beklenen amaca hizmet edemeyecektir. Dolayısıyla sözlü vasiyet için de elektronik ortamın araçlarını kullanmak mümkün olmalıdır.

Tanıma da nüfus müdürlüğüne veya mahkemeye yazılı başvuru ile yapılabilmektedir. Adi yazılı şekilde düzenlenmesi gereken bu belgenin elektronik imzalı olarak yapılması ise tartışmasız kabul edilmelidir .

KAYNAKÇA

- ACABEY, M.B. : Soybağı, İzmir 2002.
- AKINCI, Ş. : Borçlar Hukuku Bilgisi, 2. Baskı, Konya 2003.
- AKINTÜRK, T. : Aile Hukuku, Yenilenmiş 6. Bası, İstanbul 2002.
- AKKANAT, H. : El yazısı ile Vasiyetnamede Vasiyetname Metninin Özellikleri, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı,C. 2, İstanbul 2001.
- ALTINIŞIK, U. : Elektronik Sözleşmeler, Ankara 2000.
- ANTALYA, G. : Miras Hukuku, İstanbul 2003.
- ARAL, F. : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Ankara 2003.
- AYAN, M. : Miras Hukuku, 3. baskı, Konya 2005.
- AYBAY, A. : Miras Hukuku Dersleri, İstanbul 2002
- AYİTER, N./KILIÇOĞLU, A. :Miras Hukuku, 2. bası, Ankara 1991.
- BAYIN, C. : Kan Bağına Dayanan Soy Bağı, AÜEHFD., C. VI, S. 1-4, s. 255-284.
- DURAL, M. : El Yazısı İle Vasiyetname, İstanbul 1967.
- DURAL, M./ÖZ, T. : Türk Özel Hukuku C. IV, Miras Hukuku, Yenilenmiş 7. Baskı İstanbul, 2003.
- EGGER, A. : Medeni Kanun Şerhi Aile Hukuku, (Çev: Tahir ÇAĞA), Ankara 1949.
- EREN. F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003..
- EREN. F. : Türk Medenî Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davası, Ankara 1966.
- ERTURGUT,M. : Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004

- ESENER, T. : Mukayeseli hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salâhiyete Müstenid Temsil, Ankara 1961.
- FEYZİOĞLU, N. F. : Aile Hukuku, İstanbul 1971
- HATEMİ, H. : Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2004.
- HATEMİ, H. : Aile Hukuku, İstanbul 1999 (HATEMİ, Aile).
- İMRE, Z. : Türk Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1978.
- İMRE, Z./ERMAN, H. :Miras Hukuku, İstanbul 2004..
- İNAN, A.N./ERTAŞ, Ş. :Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2000.
- İNAN, A.N./ERTAŞ, Ş./ALBAŞ, H. :Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, 6. Bası, Ankara 2006.
- İNAL, E. : E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmenin Kurulması, İstanbul 2005.
- İNAN, A. N. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984.
- İNAN, A. N. : Çocuk Hukuku, İstanbul 1968. (İNAN, Ali N., Çocuk)
- İNAN, A. N. : Türk Hukukunda İlan Suretiyle Yapılan Vaadler, Ankara 1961 (İNAN,
- KAPLAN, İ. : Borçlar Hukuku Dersleri, Ankara 2001 (KAPLAN, Borçlar).
- KAYAK, S. : Sözlü Vasiyetname, İÜHF.M., C. LVIII, S. 1-2, s. 189-220.
- KESER BERBER, L.: İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara 2002
- KESER BERBER, L./LOSTAR, M. : Bilişimde Biyometrik Yöntemler, Ankara 2006
- KILIÇOĞLU, A. : Borçlar Hukuku, 2. Bası, Ankara 2002
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. :Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987.
- KÖPRÜLÜ, B. : Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1985.
- KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. :Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989.
- MEMİŞ, T. : Fikri Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002.
- OĞUZMAN, K. : Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1995.
- OĞUZMAN, K./BARLAS, N. :Medeni Hukuk , 9. Baskı, İstanbul 2002.
- OĞUZMAN, K./DURAL, M. :Aile Hukuku, İstanbul 1994.

- OĞUZMAN, K./SELİÇİ, Ö. :Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, yenilenmiş 8. Bası, İstanbul 2001.
- OĞUZMAN, K./ÖZ, T. :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000.
- ORTA, M. : Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara 2005
- OSER, H./SCHÖNENBERGER, W.: Borçlar Hukuku, (Çev. Recai SEÇKİN), Ankara 1947.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, H. :Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun Ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003.
- REİSOĞLU, S. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul 2000.
- SAĞLAM, İ. : Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007.
- SAVAŞ, A : İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler, Konya 2005
- SCHLAURI, S. : Elektronische Signaturen, Zürich 2002.
http://www.rwi.unizh.ch/oberassi_schlauris/Dissertation.pdf
- SEROZAN, R. : Çocuk Hukuku, İstanbul 2001 (SEROZAN, Çocuk).
- SÖZER, B. : Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2002.
- ŞENOCAK, Z. : Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması, AÜHFD., Yıl 2001, C. 50, S. 2, s. 97-135.
- TEKİNAY, S. S./AKMAN, S./BURCUOĞLU, H./ALTOP, A. :
Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası , İstanbul 1993.
- TUĞ, A. : Türk Özel Hukukunda Şekil,2. Baskı, Konya 1994.
- TUNÇOMAĞ, K.: Özel Borç İlişkileri, C.2, 3.Bası, İstanbul 1977.
- TURAN, O. : Noterlik İşlemleri ve Elektronik, Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk, Ankara 2001,s.187-203.
- Von TUHR, A. : Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, (çev: Cevat EDEGE), Ankara 1983.
- YAVUZ, C. : Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983 (YAVUZ, Dolaylı Temsil).

**AB ve TÜRK MEVZUATI AÇISINDAN ERİŞİM VE
ARABAĞLANTI SÖZLEŞMELERİ**
**(Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Düzenleyici Otoritelerin
Rolü, Olması Gereken Hukuk Açısından Öneriler)**

Mehmet Bilal ÜNVER**

ÖZET

Telekomünikasyon sektörünün bir taraftan ‘serbestleşme’ diğer yandan da yayıncılık ve bilgi teknolojileri sektörleri ile ‘yakınsama’ sürecinden geçmesine paralel olarak daha önce sınırlı örnekleri görülen ‘erişim ve arabağlantı’ sözleşmeleri daha da önem kazanmıştır. Çalışma kapsamında sırasıyla, ‘erişim’ ve ‘arabağlantı’nın tanımı ve kapsamı, erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin muhtevası, bu sözleşmeler üzerindeki düzenleyici yetkilerin kullanımı AB mevzuatı ışığında incelenmekte, tarafların hak ve yükümlülükleri ve uygulanacak hukuk kuralları detaylı bir analize tâbi tutulmaktadır. Ayrıca, TBMM Genel Kurulu’ndan Komisyona geri çekilmiş olan Elektronik Haberleşme Kanun Tasarısının yürürlüğe girmesi halinde bu alanda söz konusu olacak yeniliklere ışık tutulmakta ve olması gereken hukuk açısından değerlendirmeler yapılmaktadır.

ANAHTAR KELİMELEER: Telekomünikasyon, Erişim ve arabağlantı sözleşmeleri, Türk ve AB mevzuatı, Elektronik Haberleşme Kanun Tasarısı

ABSTRACT

In parallel with telecommunications sector undertaking the liberalisation process on the one hand and the process of convergence with broadcasting-information technology sectors on the other, access and interconnection agreements, which were already typified with limited examples, gained far more importance than before. In this article, are respectively examined definition and scope of ‘access’ and ‘interconnection’, content of access and interconnection agreements and enforcement of regulatory powers over these agreements under the light of AB legislation, and are analysed the rights and obligations of parties to these agreements as well as the legal rules

* Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Doktora Öğrencisi; Halen Telekomünikasyon Kurumu’nda Telekomünikasyon Uzmanı olarak görev yapmaktadır. Bu çalışma, Telekomünikasyon Kurumu’nun görüşünü yansıtmamakta olup sorumluluk yazara aittir.

applicable to such agreements in a detailed manner. Furthermore, developments that would emerge in case of entry into force of Draft Electronic Communications Act, which has been taken from Turkish Grand National Assembly to the Commission, are enlightened; and assessments as to the *De Lege Feranda* Law are made.

KEY WORDS: Telecommunications, Access and interconnection agreements, Turkish and EU Legislation, Draft Electronic Communications Law

1. GİRİŞ

Telekomünikasyon sektörlerinde yaşanan serbestleşme (liberalizasyon) politikaları neticesinde önceden tekel altında yürütülmekte olan pek çok hizmetin rakip işletmeciler¹ tarafından yürütülebilmesi söz konusu olmuştur. Söz konusu rekabet ortamı, bir taraftan farklı hizmetlerin ortaya çıkmasını sağlamakta; diğer taraftan da piyasaya yeni giren işletmecilerin sektörde hakim konumda olan işletmecilerle ve/veya kendi aralarında yeni ilişkiler kurmalarına zemin hazırlamaktadır. Serbestleşme öncesinde yurtdışı menşeli firmalar ile sınırlı kalan işletmeciler arası (yatay) ilişkiler, serbestleşme sonrasında yurtiçinde lisans almış yeni firmalarla (dikey) ilişkileri de içine alacak şekilde genişlemekte ve önceden mevcut olmayan sözleşme ilişkilerinin kurulmasını sağlamaktadır.

Serbestleşmenin yanında, bilgi teknolojileri ve yayıncılık sektörleri başta olmak üzere iletişim altyapısının kullanıldığı diğer alanlarla telekomünikasyon sektörü arasındaki sınırların kalkması da yeni sözleşme türlerinin gelişmesine katkı sağlamaktadır. Yakınsama² (*convergence*) olarak

¹ Telekomünikasyon sektöründe, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu gereği, lisans alıp faaliyet gösteren sermaye şirketlerinin 'işletmeci' olarak nitelendirilmesi nedeniyle bu çalışmada, -aksini gerektiren bir durum olmadıkça- söz konusu şirketlere karşılık gelmesi amacıyla 'işletmeci' terimi kullanılmaktadır.

² Avrupa Komisyonu tarafından 03.12.1997 tarihinde yayımlanan 'Yakınsama'ya ilişkin Yeşil Kitap'ta 'yakınsama'yla ilgili olarak aşağıdaki ifadeler yer verilmektedir: "Açık ve net biçimde tanımlanması mümkün olmasa da 'Yakınsama' terimi, çoğunlukla farklı şebeke platformlarının benzer türdeki hizmetleri sunma yeteneği ve/veya telefon, televizyon ve bilgisayarlar gibi tüketiciye yönelik cihazların aynı noktada buluşması olarak ifade edilebilir" (Green Paper on the Convergence of the Telecommunications, Media, and Information Technology Sectors, and the Implications for Regulation Towards an Information Society, COM(97) 623, [http:// europa.eu.int/ ISPO/convergencegp / 97623en.doc](http://europa.eu.int/ISPO/convergencegp/97623en.doc)).

adlandırılan bu sürecin bir uzantısı olarak farklı hizmet alanlarına özgü unsurların iç içe geçtiği, (multimedya³ benzeri) bir ‘elektronik haberleşme sektörü’nün⁴ oluşmaya başladığı görülmektedir. Bu karmaşık sektör yapısında farklı teknolojiler üzerinden sunulan hizmetlere erişilmesi ve şebekelerin ‘birbiriyle çalışabilir’⁵ (*interoperable*) olması büyük önem kazanmaktadır. Farklı şebekelerin ve platformların birbiriyle irtibatlandırılması ve bu altyapılar üzerinden sunulan hizmetlere erişim sağlanması, karma nitelikli bir akit tipi olan ‘erişim ve arabağlantı’ sözleşmelerinin konusunu oluşturmaktadır. Bu sözleşmeler, en genel ifadesiyle, işletmecilerin altyapı ve/veya hizmetlerini belirli bir ücret karşılığında birbirlerine kullandırma taahhütlerini içeren akitler olarak tanımlanabilir.

Daha çok telekomünikasyon sektöründe yapılmakla birlikte ‘telekomünikasyon-yayıncılık-bilgi teknolojileri’ üçgeninde örneklerinin görülmesi, erişim ve arabağlantı sözleşmelerini ‘elektronik haberleşme sektörü’ne özgü bir akit tipi haline getirmektedir. Diğer taraftan, erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin, amacı ve kapsamı itibariyle farklı türleri mevcuttur. Bu çalışmada, ana ilke olarak ‘arabağlantı’yı da içine alan bir üst kavram olduğu düşünülerek ‘erişim’ hizmetlerinin ve bu hizmetleri konu alan sözleşmelerin hukukî analizine yer verilmekte; ‘arabağlantı’ sözleşmelerini farklı kılan hususlar ayrıca belirtilmektedir. Bu çerçevede; sırasıyla erişim ve arabağlantının

³ ‘Multimedya’ terimi, metin, grafik, ses ve video görüntüsünü eşzamanlı olarak sunan ortamlara verilen isimdir (ÇÖL Muhterem, 2004, **Genişbant Telekomünikasyon Pazarı ve Türkiye İncelemesi**, Telekomünikasyon Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara, s. 1).

⁴ ‘Elektronik haberleşme sektörü’, yürürlükteki kanunlarda yer alan ya da tanımlanan bir kavram değildir. Teknolojik gelişmelere paralel olarak Elektronik Haberleşme Kanunu Tasarısı’nda benimsenen ve bu Kanun Tasarısına adını veren söz konusu kavram, anılan Tasarının 3’üncü maddesinde “*elektronik haberleşme hizmeti verilmesi, elektronik haberleşme şebekesi sağlanması, elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerine yönelik üretim, ithal, satış ve bakım-onarım hizmetlerinin yürütülmesi ile bu faaliyetlerle ilgili tüm gerçek ve tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşlarını kapsayan sektör*” olarak tanımlanmıştır.

⁵ Başta uygulama programları olmak üzere cihazların ‘birbiriyle çalışabilir’ olması için birbirleriyle iletişim kurmaları yanında ortak bir amaca yönelik çalıştırılabilmeleri (bunun için arayüzlere ihtiyaç vardır) gerekmektedir (NIHOUL, Paul L. ve RODFORD, Peter B., 2004, **EU Electronic Communications Law: Competition and Regulation in European Telecommunications Market**, Oxford University Press, New York, 2004, s. x1vii). Ayrıca bkz. 43 no’lu dipnot.

tanım ve kapsamına, erişim/arabağlantı sözleşmelerinin hukuksal niteliğine ve konuyla ilgili AB ve Türk mevzuatına yer verilmek suretiyle bu sözleşmeler üzerindeki genel düzenleme yetkisi ve ülkemizde idare adına Telekomünikasyon Kurumu (TK)'nin sahip olduğu yetkiler inceleme konusu yapılmaktadır. Bu kapsamda, erişim/arabağlantı sözleşmelerinin kurulma, yürütülme ve sona erme aşamalarında sözleşme serbestisini kısıtlayan hususlar ve düzenleyici müdahalelerin sınırları açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır.

Yürürlükteki kanunların yerine geçmek üzere hazırlanan ve TBMM Genel Kurulu'na sevk edilmiş ancak bilahare Komisyona geri çekilmiş bulunan 'Elektronik Haberleşme Kanunu Tasarısı' (EHKT) erişim ve arabağlantı alanında önemli yenilikler öngörmekte olup, çalışmada söz konusu yeniliklere de değinilmektedir. Bu çerçevede, anılan Tasarının AB mevzuatı ile uyum alanında ve uygulamada karşılaşılan sorunların çözümünde etkin sonuçlar doğurup doğurmayacağı da ayrıca değerlendirilmektedir.

2. ERİŞİM VE ARABAĞLANTININ AMAÇ, KAPSAM VE ÖNEMİ

I. Genel Olarak

Bir işletmeci tarafından (özellikle son kullanıcılara) sunulacak hizmetler, üçüncü taraf mülkiyetindeki tesislerden yararlanmayı gerektirebilir ya da bu tür bir yönetim başvurusu teknik ve/veya ekonomik açıdan daha avantajlı olabilir. Bu ve benzeri durumlarda, elektronik haberleşme şebekesi⁶ ve ilişkili tesislerin⁷ belirli koşullarda diğer işletmecilerin kullanımına sunulması, bir diğer ifadeyle erişime açılmasından bahsedilir.

⁶ 2002/21/EC sayılı Çerçeve Direktifi'nde 'elektronik haberleşme şebekesi', "iletilecek bilginin türüne bakılmaksızın radyo ve televizyon yayınları ile kablo TV şebekeleri için kullanılan sinyal ve şebekelerin iletilmesi amacıyla kullanıldığı sürece uydu haberleşme şebekeleri, sabit (devre - internet de dahil olmak üzere paket anahtarlama) ve karasal mobil şebekeler, elektrik kablo sistemleri de dahil olmak üzere sinyallerin tel, radyo, optik ya da diğer elektro manyetik araçlar ile iletilmesini sağlayan iletim sistemleri ve uygun olduğu ölçüde anahtarlama ya da yönlendirme ekipmanları ile diğer kaynaklar' olarak tanımlanmaktadır (Directive (EC) 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services [2002] OJL108/33 (Framework Directive), http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/index_en.htm#reg, (Çerçeve Direktifi) md. 2).

⁷ 'İlişkili tesisler', 2002/21/EC sayılı Çerçeve Direktifi'nin 'Tanımlar' başlıklı 2'nci maddesinde, "bir elektronik haberleşme şebeke ve/veya hizmeti ile ilişkili

İşletmecilerin altyapılarını üçüncü taraf erişimine açması, alternatif işletmecilerin yüksek ve batık maliyetler içeren altyapıları kurmasına gerek kalmadan faaliyete başlayabilmelerine olanak tanır. Erişim konusu altyapıların üçüncü taraf kullanımına sunulması, en basit şekliyle bir işletmecinin mülkiyetindeki santral binası, kanal, boru, kule, vb tesislerin bir başka işletmeciye bir bedel karşılığında kullanılması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte; erişim ve arabağlantı sözleşmelerine, sadece kullandırma değil aynı zamanda iş görme sözleşmelerine ait unsurların yer aldığı borç ilişkileri de konu olabilmektedir. Aşağıda, 'erişim' ve 'arabağlantı'nın Türk ve AB mevzuatında nasıl tanımlandığı ve genel olarak ne tür hizmetleri ihtiva ettiği incelenmektedir.

II. 'Erişim'in Tanımı ve Kapsamı

Telekomünikasyon sektöründe lisanslama, numaralandırma, evrensel hizmet, arabağlantı gibi konularda düzenlemeler öngören ve 1990'lı yıllarda çıkartılan ONP (*Open Network Provision*-Açık Şebeke Sunumu) Direktiflerinden⁸ oluşan Topluluk Mevzuatı 1998 AB Düzenleyici Paketi (Çerçevesi) olarak anılmaktaydı. Oldukça dağınık bir yapıda olan 1998 AB Düzenleyici Paketinde, erişime ilişkin konular da bütünlükten uzak bir görünüm arz etmekte idi.⁹ Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından onaylanarak yürürlüğe giren düzenlemelerden oluşan 2002 Düzenleyici Paketinde AB mevzuatındaki dağınıklık giderilmiş ve erişim ile ilgili konular müstakil bir

olan ve bu şebeke ve/veya hizmet aracılığıyla ilgili hizmetlerin sunulmasını sağlayan ve/veya destekleyen tesisler' olarak tanımlanmaktadır (Çerçeve Direktifi, md 2/e).

⁸ Serbestleşmeyle birlikte yerleşik işletmecinin yeni gelenlere tekel kapsamında sağlayacağı hizmetlerin sunulma biçimlerinin rekabete açık olan alanlardaki rekabet koşullarını etkilememesini sağlamak için düzenleyici bir çerçeveye gerek duyulmuş ve Açık Şebeke Sunumu (*Open Network Provision*) adında genel bir çerçeve oluşturulmuş ve bu çerçevede çıkarılan direktiflere ONP direktifleri adı verilmiştir (SARI, Arif Ogün, 2004, **Rekabet Kuralları Işığında Erişim ve Arabağlantı Anlaşmaları ve Sanal Mobil Ağ Operatörlüğü**, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, s. 25, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/ogun.doc>).

⁹ 1998 ve 2002 AB Düzenleyici Paketlerinin içeriği ve yürürlüğe konulmasına sebep teşkil eden hususlar hakkında bkz. ÜNVER Mehmet Bilal, 2005, **Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye için Çözüm Önerileri**, Uzmanlık Tezi, Telekomünikasyon Kurumu, Ankara, s. 88-90, http://www.tk.gov.tr /Yayin/Uzmanlik_Tezleri/tktezler/bilal_unver_tez.pdf).

Direkifte (2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi)¹⁰ düzenlenmiştir. Yeni Düzenleyici Paket elektronik haberleşme hizmetinin¹¹ sunulmasına katkısı olduğu sürece sunulan hizmetin şekinden bağımsız olarak her türlü erişim hizmetini teşvik etmektedir.¹²

‘Arabağlantı’yı da içine alan ‘erişim’ kavramı, 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi’nin 2’nci maddesinde, “*Belirli koşullar altında, elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması amacıyla altyapı ve/veya hizmetlerin münhasıran veya münhasır olmaksızın bir diğer işletmeciye sağlanması*” olarak tanımlanmıştır. Anılan Direktif maddesinde, mezkûr tanım yapıldıktan hemen sonra ‘erişim’in kapsamına giren hususlar tadâdi olarak (sınırlı sayı ilkesine tâbi olmaksızın) sayılmış olup, bunlar aşağıda sıralanmaktadır:

- *sabit ve sabit olmayan yollarla teçhizat bağlantısını da içerebilecek şekilde şebeke bileşenlerine ve ilişkili tesislere erişim (bu özellikle yerel ağa erişimi ve yerel ağ üzerinden hizmet sağlamak için gerekli tesis ve hizmetlere erişimi de içerir.)*

- *binalar, borular ve direkleri de içine alan fiziksel altyapıya erişim*
- *işletim destek sistemlerini içeren ilgili yazılım sistemlerine erişim*
- *numara dönüşümü veya eşdeğer işlevselliğe sahip sistemlere erişim*
- *sabit ve mobil şebekelere özellikle roaming için erişim*
- *sayısal televizyon hizmetleri için koşullu erişim sistemlerine erişim*
- *sanal şebeke hizmetlerine erişim*

Erişim Direktifi’nin 2’nci maddesinde çerçevesi çizilen erişimin kapsamı, yukarıda zikredilen hususları içermekle birlikte, bunlarla sınırlı değildir. Anılan Direktif maddesine göre *elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulması amacıyla altyapı ve/veya hizmetlerin ... bir diğer işletmeciye sağlanmasını* ifade eden ‘erişim’ kavramına konu olabilecek altyapı ve

¹⁰ Directive (EC) 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities [2002] OJL108/7 (Access Directive), http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/documents/1_10820020424en0007002.pdf (Erişim Direktifi).

¹¹ 2002/21/EC sayılı Çerçeve Direktifi’nde ‘elektronik haberleşme hizmeti’, “*elektronik haberleşme şebekeleri ve hizmetleri üzerinden yazımsal (editorial) kontrol yapan veya bu şebeke ve hizmetleri kullanan içerik iletimli hizmetler istisna olmak kaydıyla, yayın amacıyla kullanılan şebekeler üzerinden sunulan transmisyon hizmetleri ve telekomünikasyon hizmetleri de dahil olmak üzere, elektronik haberleşme şebekeleri üzerinden sinyallerin iletilmesi*”ni içeren hizmet olarak tanımlanmaktadır (Bkz. Çerçeve Direktifi, md. 2/c).

¹² NIHOUL ve RODFORD, 2004, s. 253.

hizmetlerde bir kısıtlamaya gidilmemiştir. Bu husus, karasal iletim hatlarının yanında günümüzde örnekleri görülen ve yakın gelecekte yaygınlaşması beklenen ‘uydu teknolojileri’, ‘üçüncü nesil şebekeleri’ ve ‘enerji hatları’nın da birer erişim platformu olarak kabulüne imkân tanımaktadır.

AB mevzuatında tanımlanan ve ayrıntılı biçimde düzenlenen ‘erişim’ kavramına ülkemizde yürürlükte bulunan herhangi bir kanun maddesinde yer verilmemektedir. Bununla birlikte, 4502 sayılı Kanunla¹³ değişik 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu¹⁴ ile 2813 sayılı Telsiz Kanununa¹⁵ istinaden hazırlanan ve Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nin¹⁶ 4’üncü maddesinde ‘erişim’, “*Bu Yönetmelikte belirtilen koşullar altında, telekomünikasyon altyapısı ve/veya hizmetlerinin diğer bir işletmeciye sunulması*” olarak tanımlanmış ve Türk mevzuatındaki yerini almıştır.

‘Erişim’ kavramına açıkça yer verilme de 406 sayılı Kanunda yer alan tanımlar ve ilgili bazı maddeler incelendiğinde ‘erişim’in kanundaki varlığına hükmedilebilecektir. Zira, anılan Kanunun 1’inci maddesinde, ‘telekomünikasyon’, ‘telekomünikasyon altyapısı’ ve ‘telekomünikasyon altyapısı işletimi’ tanımlarına yer verilmiş olup,¹⁷ bu tanımlardan sonuncusu (telekomünikasyon altyapısı işletimi) Yönetmelikteki ‘erişim’ kavramını içine alacak muhtevadadır. Anılan kanun maddesinde, ‘telekomünikasyon altyapısı’ ‘telekomünikasyon’ kavramı ile ilişkilendirilmiş ve *telekomünikasyonun, üzerinden veya aracılığı ile gerçekleştirilmesini sağlayan ... her türlü şebeke birimi* şeklinde tanımlanmıştır. ‘Telekomünikasyon altyapısı işletimi’ ise ‘telekomünikasyon tesisi’¹⁸ ile ilişkilendirilmiş ve bu tesislerin *kurulması*,

¹³ “Telgraf ve Telefon Kanunu, Ulaştırma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, Telsiz Kanunu ve Posta, Telgraf ve Telefon İdaresinin Biriktirme ve Yardım Sandığı Hakkında Kanun ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” RG 27.01.2000/23948.

¹⁴ “Telgraf ve Telefon Kanunu” RG 21.02.1924/59.

¹⁵ “Telsiz Kanunu” RG 07.04.1983/18011.

¹⁶ Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği, 23.05.2003 tarih ve 25116 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Mezkûr Yönetmelik, aynı adı taşıyan yeni bir Yönetmeliğin 14.06.2007 tarih ve 26562 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁷ 406 say. Kanun, md. 1

¹⁸ ‘Telekomünikasyon tesisi’ tanımına herhangi bir kanun hükmünde yer verilmemektedir. Bununla birlikte, 17.04.2007 tarih ve 26496 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına

kurulması, kiralanması veya herhangi bir surette temin edilmesi ile bu tesisin diğer işletmecilerin veya talep eden diğer gerçek ve tüzel kişilerin kullanımına sunulması olarak tanımlanmıştır.

‘Telekomünikasyon tesisi’ne ve ‘telekomünikasyon altyapısı’na, her türlü şebeke birimi; ‘telekomünikasyon altyapısı işletimi’ne ise tesislerin *diğer işletmecilerin kullanımına sunulmasına* ilişkin her türlü yöntem dahil edilmiş olduğundan, ‘erişim’ kavramı 406 sayılı Kanun kapsamında lafzen olmasa da rûhen (muhtevası itibarıyla) mevcuttur. Bu itibarla; 406 sayılı Kanununun 1’inci maddesinde tanımlanan ‘telekomünikasyon altyapısı işletimi’ kavramı, Yönetmelik’teki ‘erişim’ tanımını da içine alacak şekilde bir yasal çerçeve ortaya koymaktadır.¹⁹ Bu yasal çerçeveyi dolduracak şekilde, 406 Telgraf ve Telefon Kanunu ile 2813 sayılı Telsiz Kanunu’nda, ‘telekomünikasyon altyapı ve/veya hizmetleri’nden yararlanma koşullarına ilişkin önemli bazı atıflara ve konuyla ilgili muhtelif düzenlemelere yer verilmektedir.²⁰

406 sayılı Kanun ile çizilen çerçeveye hangi erişim unsurlarının girdiği; diğer bir deyişle yürürlükteki kanunlara göre erişime konu olabilecek altyapı/hizmetler, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nde sayılmıştır. 14.06.2007 tarih ve 26562 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmeliğin (yenilenmiş) 6’ncı maddesine göre erişimin kapsamı,

- a) *Yerel ağa ayrıştırılmış erişimi ve veri akış erişimini de içerecek şekilde sabit veya mobil telekomünikasyon şebekesi bileşenlerine ve ilgili tesislerine her türlü yöntemle erişimi,*
- b) *Binalar, kablo kanalları ve direkleri de içerecek şekilde fiziksel altyapıya erişimi,*
- c) *İşletim destek sistemlerini de içerecek şekilde ilgili yazılım sistemlerine erişimi,*
- ç) *Numara dönüşümüne veya eşdeğer işlevselliğe sahip sistemlere erişimi*
- d) *Hizmetlerin karşılıklı çalışabilirliği veya sanal şebeke hizmetleri için gerekli arayüzlere, protokollere veya diğer teknolojilere erişimi,*
- e) *İki telekomünikasyon şebekesi arasındaki arabağlantıyı,*
- f) *Akıllı şebeke hizmetlerine yönelik bileşenlere erişimi ve mobil şebekelerde ulusal dolaşımı da (roaming) içerecek şekilde kullanıcılara sunulan*

Dair Yönetmelikte, ‘telekomünikasyon tesisi’, “*Telekomünikasyon şebekesini oluşturan ve kendi içinde bütünlük arz eden bölümlerin her biri*” olarak tanımlanmış olup, bu tanım ile ‘telekomünikasyon altyapısı’ tanımı arasında esaslı bir fark mevcut değildir.

¹⁹ ÜNVER, 2005, s. 97-98.

²⁰ Bkz. 2813 say. Kanun, md. 7/1-(h), (i), (j); 7/2 ve 406 say. Kanun, md. 4 ve 30.

hizmetlerin karşılıklı çalışabilirliğinin temini için belirli hizmetlerin sağlanmasını,

g) Yeniden satış amacıyla belirli hizmetlerin toptan seviyede sunulmasını

içine almaktadır. Söz konusu Yönetmelik maddesi, 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi'nde *tadâdi* olarak sayılan, erişime konu teşkil edebilecek altyapı ve hizmetlerin büyük çoğunluğunu ihtiva etmektedir. Aynı zamanda; ilk olarak 23.05.2003 tarihinde yayımlanan Yönetmelikte benimsenmiş olan *sınırlı sayı ilkesinin* bilahare (14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmi Gazete ile) yürürlüğe giren değişiklikle ortadan kaldırılması ve '*aşağıdakilerle sınırlı olmamak üzere*' ibaresinin eklenmesi, yeni erişim modellerinin lafzen yer almasa da Yönetmelikte düzenlenebileceği sonucunu doğurmaktadır. Bununla birlikte, 'sayısal televizyon hizmetleri için koşullu erişim sistemlerine erişim'e madde hükmünde yer verilmemesi, erişimin kapsamının daraltıldığı eleştirisine yol açabilecek bir durumdur. Süratli teknolojik gelişmeler ve artan tüketici talebi, halihazırda öngörülemeyen veya henüz yaygınlaşmamış olan platformların, yazılım unsurlarının ya da ekipmanların erişimin kapsamına dahil edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu husus ve 'erişim'in yürürlükteki kanunlarda tanımlanmamış olduğu gerçeği de dikkate alındığında, mer'i mevzuatımızdaki düzenlemenin erişimin tanım ve kapsamına ilişkin olarak yeterli hukukî güvenceyi sağlayamadığı ileri sürülebilecektir.

III. 'Arabağlantı'nın Tanım ve Kapsamı

'Erişim', inhisârî (münhasıran bir kişiye tahsis edilmiş olarak) veya paylaşımlı olarak yerel telekomünikasyon altyapısı üzerinden sağlanabileceği *gibi* son kullanıcıların abone olarak bağlı olduğu bir hizmet sağlayıcısından *ya da* belirli sonlandırma noktalarına doğrudan veya transit olarak trafik taşıyan bir arabağlantı sağlayıcısı vasıtasıyla da gerçekleştirilir.²¹ Buna göre; birinci durumda yerel ağın paylaşımına açılmasından; ikinci durumda yerel ağın paylaşımına açılmasına gerek kalmaksızın bir işletmecinin bir başka işletmecinin belirli trafik toplama noktalarından ses, veri, vs. toplamasından; üçüncü durumda ise şebekeler arası arabağlantıdan bahsedilebilir.

Yukarıda sayılan erişim türleri arasında yer alan 'şebekeler arası arabağlantı'nın dışındaki diğer yöntemler bir işletmecinin diğerinin altyapısı (kurulu bir şebekenin bir ya da birden çok kısmı) ya da bu şebeke üzerinden

²¹ European Commission, Notice on Application of Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector - Framework, Relevant Markets and Principles O.J. C265/2 (1998), prg. 49. http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/1998/c_265/c_26519980822en00020028.pdf

sunduğu hizmetlerden (ses ve/veya internet trafiği iletimi gibi) tek taraflı olarak yararlanmasını konu almaktadır. ‘Şebekeler arası arabağlantı’ ise genellikle iki şebekenin ve söz konusu şebekelere bağlı kullanıcıların karşılıklı olarak irtibatlandırılmasını konu aldığından, diğer erişim türlerine nazaran farklılık arz etmektedir.

İletim ortamına ve kullanılan teknolojiye bakılmaksızın erişimin türlerini tek bir çatı altında düzenleyen Erişim Direktifi’nin 2’nci maddesinde, arabağlantı *“bir teşebbüsün kullanıcılarının, aynı veya farklı bir teşebbüsün kullanıcıları ile irtibatının veya başka bir teşebbüs tarafından sağlanan hizmetlere erişiminin sağlanması için aynı veya farklı bir teşebbüs tarafından kullanılan kamu haberleşme şebekelerinin²² fiziksel ve mantıksal²³ bağlantısı”* olarak tanımlanmıştır.²⁴ Buna göre; ‘arabağlantı’, hangi işletmecinin kontrolünde olduğundan bağımsız olarak,

- aynı ve farklı şebekelerin kullanıcılarının birbiriyle irtibatının sağlanması veya

- bir şebekenin kullanıcılarının, diğer şebekeler üzerinden sunulan hizmetlere erişim sağlaması

amacıyla aynı ve farklı bir teşebbüs tarafından kullanılan kamu haberleşme şebekelerinin birbiriyle fiziksel ve mantıksal bağlantısını ifade etmektedir. Yukarıdaki tanımda; sadece son kullanıcıların veya abonelerin değil, aynı zamanda bu kapsama girmeyen kullanıcıların (örneğin, işletmecilerin) karşı taraf şebekesine erişim sağlaması ve bu kullanıcıların birbirleriyle irtibatının sağlanması da arabağlantının amaçları arasında mütalaa edilmektedir.

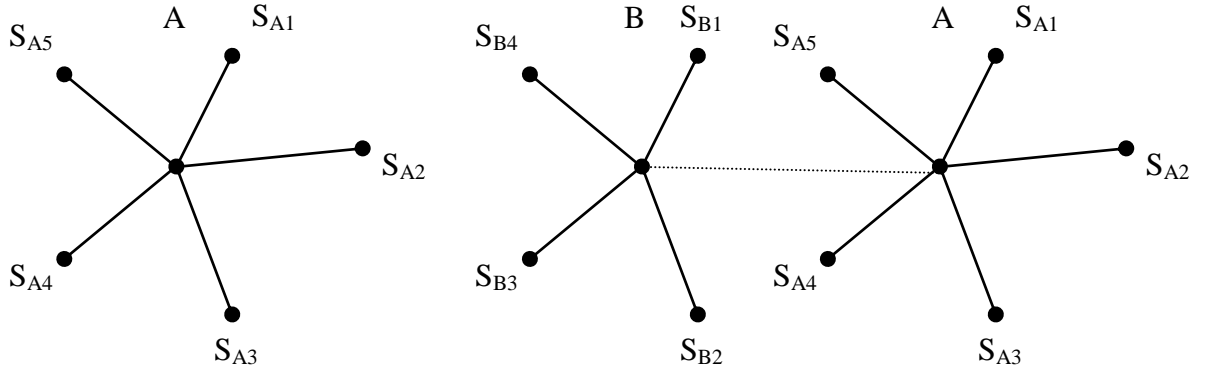
4502 sayılı Kanunla değişik 406 sayılı Kanunun 1’inci maddesinde ise; ‘arabağlantı’, “iki ayrı telekomünikasyon şebekesi arasındaki telekomünikasyon trafiğinin gerçekleştirilmesini teminen iki şebekenin birbirine irtibatlandırılması” olarak tanımlanmıştır. Serbestleşmeden önce hazırlandığı da dikkate alındığında, Kanunda yer alan ‘arabağlantı’ tanımının basit bir

²² 2002/21/EC sayılı Çerçeve Direktifi’nin 2’nci maddesinde, ‘kamu haberleşme şebekesi’, *“tamamen ya da kısmen kamuya açık elektronik haberleşme hizmetlerinin sunulmasında kullanılan bir elektronik haberleşme şebekesi”* olarak tanımlanmıştır (Çerçeve Direktifi, md. 2/d).

²³ ‘Arabağlantı’nın tanımında kullanılan ‘mantıksal’ ibaresi, şebekeler arasında yapılacak bağlantının yazılım boyutunu ifade etmek için kullanılmaktadır. Zira, sinyalleşme ve yönlendirmenin yapılması için gerekli yazılım programları devreye sokulmadığı takdirde iki şebeke arasında fiziksel olarak bağlantının sağlanması arabağlantının gerçekleşmesi için yeterli değildir.

²⁴ Erişim Direktifi, md. 2/b.

arabağlantı modelini esas aldığını söylemek mümkündür. Aşağıdaki şekil, 406 sayılı Kanundaki tanıma uygun bir ‘arabağlantı’ modelini ortaya koymakta ve iki farklı şebekenin birbiriyle irtibatını göstermektedir.²⁵



Kaynak: HOLM Jonas, 2000, Regulating Network Access Prices under Uncertainty and Increasing Competition: The Case of Telecommunications and Local Loop Unbundling in the EU, MSc Thesis, University of Copenhagen, Institute of Economics, Kopenhag, s. 4.

Şekil 1: Şebekeler arası arabağlantı

Yukarıdaki şekle göre A şebekesine bağlı aboneler (S_{A1} , S_{A2} , vs.), B şebekesi ile yapılan arabağlantı sayesinde B'ye ait aboneler (S_{B1} , S_{B2} , vs.) ile iletişim kurabilmekte olup bu durum, A ve B şebekeleri arasındaki sınırı ortadan kaldırmaktadır. Yukarıdaki şekil ve yapılan açıklamalar ışığında; ‘arabağlantı’nın iki işlevi olduğu görülmektedir. Bunlar sırasıyla, abonelerin/son kullanıcıların birbirleriyle irtibatını sağlamak ve işletmecilerin sundukları hizmetlerin diğer işletmeciler tarafından erişilebilir olmasını temin etmektir. Bu iki işlevi nedeniyle işletmecilerin arabağlantı yapmaksızın sektörde başarılı olmaları mümkün olmadığı gibi son kullanıcıların/abonelerin de birbirleriyle iletişim kurmaları imkânsızdır. Arabağlantı, bireylerin haklarını ve işletmecilerin iş/yatırım planlarını etkilemesi bakımından taşıdığı önemden

²⁵ Literatürde yer alan ‘arabağlantı’ türleri ile 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi ile 406 sayılı Kanunda yer alan ‘arabağlantı’ tanımlarının mukayeseli analizi için bkz. ÜNVER, 2005, s. 43-47.

dolayı ulusal ve uluslararası telekomünikasyon politikalarında önemli bir yer tutmakta ve detaylı bir şekilde düzenlenmektedir.²⁶

Özetle; ‘arabağlantı’nın haberleşme hürriyetinin²⁷ dayanak noktalarından birini oluşturması ve telekomünikasyon sektöründe rekabetin tesisini²⁸ doğrudan etkilemesi bu alandaki düzenlemelerin en temel gerekçelerini

²⁶ Etkin arabağlantı düzenlemeleri olmaksızın, uluslararası çağrı trafiğinin sağlanması, internet üzerinden hizmetlerin sunulması, gelişmiş pek çok iletişim cihazının kullanımı ve elektronik ticaretin gerçekleşmesi mümkün olamayacaktır (INTVEN Hank, OLIVER Jeremy ve SEPULVEDA Edgardo, McCarthy Tetrautz, 2000, Telecommunications Regulation Handbook, Washington, 2000, s. 83 (3-2) <http://www.infodev.org/en/Publication.22.html>).

²⁷ Bu konuya ilişkin olarak verilebilecek en temel örnek, üç haneli kısa numaralara ve özellikle de acil yardım hizmetlerine (polis, itfaiye, vs.) ulaşamamasıdır. İki mobil işletmeciden birinin sabit şebeke işletmecisiyle arabağlantı yapması, diğerinin arabağlantı talebinin ise sabit işletmeci tarafından reddedilmesi durumunda, cep telefonu kullanan her abonenin itfaiye-polis gibi acil yardım servislerine ulaşamayacağı, sadece şebekesini arabağlantıyla sabit işletmecinin şebekesi ile irtibatlandırılan mobil işletmecinin abonelerinin bu tür bir hizmetten yararlanabileceği açıktır (Bkz. International Telecommunications Union (ITU), 2001, **Trends in Telecommunication Reform 2000-2001: Interconnection Regulation**, 3. Baskı, Cenevre, 2001, s. 19). Arabağlantının yeterince sağlan(a)mamasına bağlı olarak ortaya çıkan bu tür sorunlar, T.C. Anayasasının 22’nci maddesinde “*Herkes haberleşme hürriyetine sahiptir*” hükmüyle teminat altına alınan haberleşme özgürlüğünü zedeleyebilecek niteliktedir.

²⁸ Arabağlantının sektörde rekabetin tesisi açısından taşıdığı önem, pazar payları %70 olan bir büyük firma ile %15’lik pazar paylarına sahip iki küçük firmanın faaliyet gösterdiği bir piyasa ile örneklendirilebilir. Bu piyasada faaliyet gösteren iki küçük firma, aralarında arabağlantı yapsalar dahi %70 oranında pazar payına sahip firmanın şebeke büyüklüğüne ulaşamayacaklardır. Büyük firmanın arabağlantı yapmaması durumunda kaybı, iki küçük firmanın toplam pazar payları olan %30’dan fazla olmayacaktır. Diğer taraftan, büyük firma ile arabağlantı yapmamaları durumunda %70 oranında pazar payına sahip bir işletmeci şebekesinden yararlanamayacak olan küçük firmalar için büyük firma ile arabağlantı yapmak oldukça kritik olup abonelerin tercihlerini de doğrudan etkileyecek bir husustur (FAULHABER, Gerald, R., 2002, “**Access not = Access₁ + Access₂**”, Law Review of Michigan State University Detroit College of Law, Third Annual Quello Communication Policy and Law Symposium, 2002, s. 694). Bu senaryoda olduğu gibi hakim durumdaki firma ile arabağlantı yapamaması durumunda, piyasaya yeni giren bir işletmecinin rekabet gücü önemli ölçüde zayıflayacaktır.

oluşturmakta olup, bahse konu gerekçeler ışığında ‘arabağlantı’nın mevzuatımızda, AB mevzuatına paralel olarak, diğer erişim türlerine göre daha detaylı bir biçimde düzenlendiği görülmektedir.

3. AB MEVZUATINDA ERİŞİM VE ARABAĞLANTI ALANINDAKİ DÜZENLEMELER

I. Genel Olarak

Erişim ve arabağlantıyı da içine alan telekomünikasyon alanındaki AB mevzuatının temel omurgasını Topluluk Direktifleri oluşturmakta olup, bunlar ‘serbestleşme’, ‘uyumlaştırma’ ve ‘yakınsama’ başlıkları altında incelenebilir.²⁹

AB telekomünikasyon sektörünün serbestleşme süreci, 1987 yılında Avrupa Konseyi ve Parlamentosu tarafından Yeşil Belgenin (*Green Paper*)³⁰ yayımlanmasını müteakip, 88/301/EEC sayılı Komisyon Direktifi ile başlamış ve 13 Mart 1996 tarihli ve 96/19/EC sayılı Komisyon Direktifi (Tam Rekabet Direktifi) ile sona ermiştir. Bu süreçte yayınlanan Komisyon Direktifleri ile; sırasıyla telekomünikasyon cihazlarının, katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinin,³¹ veri iletiminin, uydu hizmetlerinin, kablo TV hizmetlerinin, mobil iletişim hizmetlerinin serbestleşmesine karar verilmiş ve nihayet Tam Rekabet Direktifi ile en geç 1 Ocak 1998 itibarıyla tüm telekomünikasyon

²⁹ Bkz. ÜNVER Mehmet Bilal, 2004, **Essential Facilities Doctrine Under EC Competition Law and Particular Implications of the Doctrine for Telecommunications Sectors in EU and Turkey** (ODTÜ Sosy. Bil. Enst. Avrupa Çalışmaları ABD, Y. Lisans Tezi), Ankara, s. 76, <http://etd.lib.metu.edu.tr/upload/12605496/index.pdf>.

³⁰ Bkz. European Commission, 1987 Green Paper (Towards a Dynamic European Economy: Green Paper on the development of a Common Market for Telecommunications Services and Equipment), COM(87)290, http://aei.pitt.edu/archive/00001159/01-/telecom_services_gp_COM_87_290.pdf.

³¹ 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’nun 1’inci maddesinde, ‘katma değerli telekomünikasyon hizmeti’, “Aboneler arasında iletilen ses ve veri dahil her türlü mesajın formu, muhtevası, kodu, protokolü veya benzer hususları üzerinde bilgisayar işlemleri ile veya başka surette işlem yapıp, aboneye veya kullanıcıya ilave, farklı veya yeniden yapılandırılmış bir mesaj ileten veya yüklenilmiş, kaydedilmiş mesaj ve veriler ile aboneler arası interaktiviteyi sağlayan telekomünikasyon hizmetleri” olarak tanımlanmış olup, bu hizmetler arasında en başta geleni internet ve genişbant hizmetlerdir.

altyapı ve hizmetlerinin rekabete açılması konusunda üye ülkelere yükümlülük getirilmiştir.³²

Üye ülkelerce uyumlaştırılmak üzere belirli standartlar getiren Konsey ve Parlamento Direktifleri, serbestleşmeyi sağlayan Komisyon Direktiflerini tamamlayıcı nitelikte olup, kamu haberleşme şebekelerinin ve hizmetlerinin ayırım gözetmeksizin, objektif ve şeffaf biçimde (*ONP*³³ ilkeleri çerçevesinde) sunulmasını teminat altına almıştır.³⁴ Söz konusu Direktifler, ilk başta özel ve münhasır hakların devam ettiği bir sektörde kullanıcı haklarının nasıl düzenlenmesi gerektiğini ortaya koyarken, serbestleşmeye paralel olarak bu Direktiflerde yapılan değişikliklerle daha çok sektörde rekabetin tesisine yönelik düzenlemeler öngörülmüştür.

Tüm üye ülke telekomünikasyon sektörlerinde serbestleşmenin tamamlanmasının ardından AB Kurumları tarafından AB mevzuatındaki dağınıklığın giderilmesi, etkin ve sürdürülebilir rekabetin tesisi, yakınsayan şebeke ve hizmetlerin aynı düzenleyici hükümlere tâbi kılınması amaçlarıyla³⁵ 2002 Düzenleyici Paketi oluşturulmuştur. Söz konusu Paket kapsamında, erişim ve arabağlantı ile ilgili olarak üye ülkelerce uyumlaştırılması gereken hususlar

³² Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanan söz konusu Direktifler için bkz. <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/legreg/#Directives%20Lib>.

³³ *ONP* (Açık Şebeke Sunumu-*Open Network Provision*) kavramı için bkz 9 no'lu dipnot.

³⁴ Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından onaylanarak yürürlüğe giren söz konusu Direktifler için bkz. <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/legreg/#ONP-Principle>

³⁵ ROSENTHAL'a göre, 2002 AB Düzenleyici Paketinin kabul edilip yürürlüğe girmesinin üç amacı bulunmaktadır. Bunlar, (i) önceki düzenleyici koşulları yakınsayan iletişim ortamındaki teknolojik gelişmelere uyarlanması, (ii) elektronik haberleşme pazarlarında rekabet kurallarını asıl belirleyici hukuksal araç olarak kabul etmek ve (iii) AB nezdinde uyumluluğun sağlanmasına yönelik bazı (şeffaflığa ilişkin) tedbirler öngörerek pazarların gelişmesini sağlamaktır (ROSENTHAL, Michael, 2003, "**Open Access from the EU Perspective**", International Journal of Communications Law and Policy, Issue 7, Winter 2002/2003, Brüksel, 2003, s. 2-3, http://www.ijclp.org/7_2003/pdf/rosenthal-artikel-ijclp.pdf). 2002 AB Düzenleyici Paketi ile sağlanan önemli gelişme, yakınsamanın hukukî anlamda hayata geçirilmesi olmuştur. Bu kapsamda, daha önce birbirinden bağımsız bir şekilde düzenlenen 'yayıncılık', 'telekomünikasyon' ve 'bilgi teknolojileri' altyapıları ve bu altyapılar üzerinden sunulan (içerikten bağımsız) iletim hizmetleri 'elektronik haberleşme hizmet ve altyapıları' olarak tek bir çatı altında toplanmıştır.

2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi altında toplanmıştır. Bununla birlikte; anılan Direktiften önceki düzenlemeler ile bir bütün oluşturan erişim ve arabağlantı alanındaki Topluluk müktesebatının daya iyi anlaşılması için, aşağıda öncelikle 97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifi incelenmektedir.

II. 97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifi³⁶

97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifi, serbestleşme sürecinde önemi artan arabağlantı sözleşmelerinin rekabetçi şartlarda yapılmasını sağlamak ve etkin bir 'arabağlantı' rejimi kurmak amacıyla tesis edilmiştir. Arabağlantı Direktifi'nin yürürlüğe girmesine kadar üye ülkeler nezdinde uyumlaştırılmış bir erişim ve arabağlantı politikası mevcut olmadığından, her üye ülke farklı bir yaklaşım benimsemekteydi.³⁷ Arabağlantı Direktifi'nin yürürlüğe girdiği dönemde, üye ülkelerde henüz serbestleşme tamamlanmamıştı ve bireylerin birbirleriyle iletişimlerdeki engelleri ortadan kaldırmak en önemli amacı oluşturmaktaydı.³⁸ Şebekeler arasında karşılıklı çalışabilirliğin (*interoperability of networks*) sağlanmasının büyük önem taşıdığı bu dönemde 'arabağlantı', diğer erişim konuları arasında daha ön plana çıkmıştır. Bu çerçevede hazırlanıp yürürlüğe konan 97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifi'nde de genel içerikli bir 'erişim' tanımına yer verilmemiş, erişim türlerinden sadece 'arabağlantı' tanımlanmıştır.

Arabağlantı Direktifi, sadece sabit şebeke işletmecileri değil, aynı zamanda kiralık devre sağlayan ve mobil haberleşme hizmeti sunan işletmeciler için de geçerli olacak şekilde ayrıntılı bir çerçeve ortaya koymuştur. Anılan Direktifin 3'üncü maddesi, yeterli ve etkin bir arabağlantı rejimi kurmaları konusunda üye ülkelere yükümlülük getirmiş; 4'üncü maddesi de birbirlerinden gelen arabağlantı müzakerelerinde bulunma talebini kabul etme konusunda (Direktifin II no'lu Ekinde sayılan) işletmecileri yükümlü kılmıştır.³⁹

³⁶ Directive 97/33/EC of the European Parliament and of the Council on interconnection in telecommunications with regard to ensuring universal service and interoperability through application of the principles of Open Network Provision (ONP), [1997] OJ L199/32 (Interconnection Directive), http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/98_regpack/index_en.htm (Arabağlantı Direktifi).

³⁷ EMMA McCormack (Ed. Ian WALDEN ve John ANGEL), 2005, **Telecommunications Law and Regulation**, Oxford University Press, 2. baskı, 2005, s. 224.

³⁸ Bkz. NIHOUL ve RODFORD, 2004, s. 253.

³⁹ Anılan Direktif maddesinin devamında söz konusu yükümlülüğün ulusal düzenleyici otoriteler tarafından, *talep edilen arabağlantı için uygulanabilir*

Arabağlantı Direktifi'nin müteakip maddelerinde ulusal düzenleyici otoritelere doğrudan arabağlantı sözleşmelerine ilişkin bazı yetkiler tanınmıştır. Direktifin 'Ulusal Düzenleyici Otoritelerin Yetkileri' başlıklı 9'uncu maddesinde 7 bend halinde sayılan ilkeler⁴⁰ doğrultusunda, ulusal düzenleyici otoritelerin *re'sen veya taraflardan birisinin talebi üzerine* bir arabağlantı sözleşmesinde yer alması gerekli hususların veya sözleşme kapsamında *taraflardan biri ya da her ikisinin uyması gereken özel şartların belirlenmesi amacıyla* müdahalede bulunabileceği ifade edilmektedir. Anılan Direktif maddesinin devamında; etkin rekabetin ve/veya kullanıcılar için 'hizmetlerin karşılıklı çalışabilirliği'nin sağlanmasının gerekli kıldığı hallerde ulusal düzenleyici otoritelerin, mevcut arabağlantı sözleşmelerinde değişiklik yapılmasını zorunlu kılabileceği, yine *re'sen veya başvuru üzerine* bir sözleşmenin tamamlanması için bir süre belirleyebileceği; belirlenen süre sona erdiğinde anlaşma sağlanamazsa anlaşma için gerekli adımları atacağı, bu kapsamda işletmeciler arasındaki anlaşmazlığın giderilmesi amacıyla azami altı ay içerisinde sonuçlandırılmak üzere uzlaştırma prosedürü işletebileceği hükme bağlanmıştır. Arabağlantı Direktifi'nin mezkûr hükümleri, ulusal düzenleyici otoritelere oldukça geniş kapsamlı yetkiler vermekte ve belirli şartlar gerçekleştiğinde ulusal düzenleyici otoritelerin erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin bir tarafı gibi hareket edebilmesine imkân tanımaktadır.

Ayrıca, Arabağlantı Direktifi'nde, ulusal düzenleyici otoritelere istisnâi bazı hallerde ilgili işletmecilere arabağlantı sağlama zorunluluğu getirme yetkisi de tanınmıştır. Bu konuda, ikili bir ayırım gitmek yerinde olacaktır. Doğrudan yükümlülük getiren Direktifin 4/3'üncü maddesinde etkin piyasa gücüne

teknik ve ticari alternatiflerin bulunup bulunmadığı ve talep konusu arabağlantının eldeki kaynaklarla karşılanmasının mümkün olup olmayacağına bağlı olarak geçici süreyle kısıtlanabileceği belirtilmektedir (Arabağlantı Direktifi, md. 4/1).

- ⁴⁰ Söz konusu ilkeler, 97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifi'nin 9'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasında aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:
- i. Kullanıcılar için noktadan noktaya bağlantının yeterli düzeyde sağlanması,
 - ii. Rekabetçi bir pazarın oluşumu,
 - iii. Uyumlaştırılmış bir AB telekomünikasyon pazarının adil ve uygun koşullarda gelişiminin sağlanması,
 - iv. Üye ülkelerin birlikte çalışmalarının temin edilmesi,
 - v. AB düzeyinde şebeke ve hizmetlerin kurulmasını, bu şebeke ve hizmetlere erişim ile arabağlantının sağlanmasını ve karşılıklı çalışabilirliğin temin edilmesi,
 - vi. (Eşit erişim sağlanması dahil) ayırım gözetmeme ve orantılılık ilkelerinin uygulanması ve
 - vii. Evrensel hizmetin sağlanması ve geliştirilmesi (Arabağlantı Direktifi, md. 9/3)

(EPG'ye)⁴¹ sahip tüm işletmeciler, makûl tüm arabağlantı taleplerini karşılamakla yükümlü kılınmışlardır.⁴² Anılan Direktif hükmü hilafına ulusal düzenleyici otoriteler söz konusu yükümlülüğü kaldıramayacağı gibi bu yükümlülüğün kapsamını da daraltamayacaklardır.

Doğrudan yükümlülük getirmeyen ve ulusal düzenleyici otoritelere belirli bir takdir hakkı veren Arabağlantı Direktifi'nin 9'uncu maddesi, istisnâi bazı hallerde arabağlantı sağlama yükümlülüğünün EPG'ye sahip olmayan işletmecilere de getirilebilmesine imkân tanımaktadır. Anılan Direktif maddesinin 6'ncı paragrafında, işletmecilerin arabağlantı sağlamaması durumunda ulusal düzenleyici otoritelerin 'orantılılık' ilkesi doğrultusunda ve kullanıcıların menfaatlerini gözeterek *son çare olarak esaslı kamu yararlarının korunması amacıyla* söz konusu işletmecileri *arabağlantı yapmaya zorlayabileceği ve uygun olduğu ölçüde arabağlantının koşullarını belirleyebileceği* hükme bağlanmıştır.

Yukarıda zikredilen madde hükümleri birlikte ele alındığında, Arabağlantı Direktifi'nde gerektiğinde ulusal düzenleyici otoritelerin sözleşmelere müdahalesini öngören bir arabağlantı rejiminin benimsendiği görülmektedir. Direktifin muhtelif maddelerinde atıf yapılan 'noktadan noktaya bağlantı' (*end-to-end connectivity*) ile bu bağlantının gerçekleşmesini sağlayan

⁴¹ Etkin piyasa gücü (*significant market power*) kavramı, 97/51/EC ve 97/33/EC sayılı Topluluk Direktifleri ile ortaya çıkmış olan bir kavramdır. Söz konusu kavram, bir pazar gücü eşiği niteliğinde olup bu eşiği geçen (söz konusu pazar gücüne sahip olan) işletmeciler, sahip oldukları piyasadaki ekonomik parametreleri etkileyebilme güçlerinden dolayı, bazı erişim yükümlülüklerine tabi olmaktadır. Getirilen pek çok yükümlülükte 'EPG' kavramını esas alan 97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifi'nin 4'üncü maddesine göre bir Üye Ülkede, yetkilendirilmiş olduğu coğrafi alanda faaliyet gösteren ve ilgili telekomünikasyon pazarında % 25'den fazla pazar payına sahip olan bir işletmecinin, kural olarak EPG'ye sahip olduğu kabul edilmektedir (Arabağlantı Direktifi, md. 4/4).

⁴² Arabağlantı Direktifi'nin 4'üncü maddesinde, son kullanıcıların çoğunluğuna sunulan şebeke sonlandırma noktalarının dışında kalan noktalardan erişim de dahil olmak üzere, makûl tüm şebekeye erişim taleplerini EPG'ye sahip işletmecilerin karşılamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu madde hükmü, EPG'ye sahip işletmecileri sadece arabağlantı sağlamak ile değil, aynı zamanda 'özel şebeke erişimi' olarak adlandırılan ve son kullanıcıların çoğunluğuna sunulan şebeke sonlandırma noktalarının dışında kalan noktalardan erişim sağlamakla da yükümlü kılmaktadır (Arabağlantı Direktifi, md. 4/2).

‘şebekelerin ve hizmetlerin karşılıklı çalışabilirliği’⁴³ söz konusu arabağlantı rejiminin mihenk taşıını oluşturmaktadır.⁴⁴ Bu ilkeler ışığında ulusal düzenleyici otoritelere geniş yetkiler veren Arabağlantı Direktifi, Tek Pazar (*Single Market*) içinde kesintisiz haberleşme araçlarını hukukî açıdan teminat altına almış, bireylerin haberleşme özgürlüğünün önündeki engelleri kaldırmıştır. Geniş kapsamlı erişim düzenlemeleri ise bilahare yürürlüğe giren 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi ile mümkün olmuştur.

III. 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi

1998 AB Düzenleyici Paketinde yer alan 97/33/EC ve 98/10/EC sayılı Direktiflerin yerine geçmek üzere yayımlanan 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi, 97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifi’ne nazaran daha kapsamlı, esnek ve uzun vadeli hükümler ihtiva etmektedir. Erişim Direktifi’nde, ileriye dönük bir piyasa analizine (*forward-looking market analysis*) dayalı orantılı yükümlülükler öngören bir düzenleyici çerçeve benimsenmiştir. Bu kapsamda; Arabağlantı Direktifi’nde öngörülen doğrudan yükümlülükler yerine pazarda etkin rekabetin tesisi için durumun gerektirdiği tedbirlere başvurulması ana kural olarak benimsenmiştir.

Buna göre; öncelikle 2002/21/EC sayılı Çerçeve Direktifi’nin 16’ncı maddesine uygun olarak ilgili pazar analizlerinin yapılması gerekmektedir. Erişim Direktifi’nin 7’nci maddesinde öngörülen bu ilk adımın gerçekleştirilmesinden sonra, piyasa analizi kapsamında EPG’ye sahip olduğu tespit edilen işletmecilere 8’inci madde uyarınca⁴⁵ hangi yükümlülüklerin getirileceğine dair bir işlem yapılmalıdır.⁴⁶

⁴³ ‘Karşılıklı çalışabilirlik’ ilkesine göre ulusal/uluslararası düzeyde bir uçtan bir uca iletişimin sağlanması için teknik uyumluluk ve şebekelerin birbirleri ile irtibatının sağlanması gerekmektedir. Oldukça karmaşık ve çeşitli hale gelen telekomünikasyon hizmetlerinin birbiriyle uyumluluğu ve farklı teknolojileri kullanan tüketicilerin birbirleriyle irtibatının sağlanması, şebekelerin ‘karşılıklı olarak çalışabilir’ olması, yani teknik olarak uyumlu hale getirilmesi ve ortak bir amaca hizmet edebilmesi ile mümkündür.

⁴⁴ Arabağlantı Direktifi’nin Önsözünün 7’nci paragrafında, bu Direktifin “*Topluluk içindeki belirli şebekeler arasında yeterli arabağlantı sağlanması ve Topluluk kullanıcılarının sosyal ve ekonomik refahı için zorunlu olan hizmetler arası karşılıklı çalışabilirliğin gerçekleştirilmesi*” amaçları doğrultusunda tesis edildiği ifade edilmektedir (Arabağlantı Direktifi, Önsöz, prg. 7).

⁴⁵ Erişim Direktifi’nin erişim yükümlülüklerinin nasıl getirileceğine dair bir yol haritası çizen 8’inci maddesine göre; Erişim Direktifi’nin 9-13’üncü maddelerinde öngörülen erişim ile ilgili yükümlülüklerin bir ya da birkaçının EPG’ye sahip işletmecilere getirilmesi gerekmektedir. Söz konusu

Diğer taraftan; Erişim Direktifi'nin istisnâi nitelikli 5'inci maddesinde ilgili işletmecilerin EPG'ye sahip olup olmamasına bakılmaksızın objektif, şeffaf, orantılı ve ayırım gözetmeyen koşullarda getirilebilecek bir takım yükümlülükler belirlenmiştir. Anılan Direktif maddesinin 1 ve 2'nci bendlerinde, piyasa analizi yapılmaksızın sırasıyla, *noktadan noktaya bağlantı* sağlanmasının gerekli kıldığı hallerde 'arabağlantı' yükümlülüğü; son kullanıcıların sayısal radyo ve televizyon yayını hizmetlerine erişebilmelerinin sağlanmasının gerekli kıldığı hallerde de 'uygulama program arayüzleri' (UPA'lar-*application program interfaces*),⁴⁷ ve 'elektronik program klavuzları'na (EPK'lar-*electronic programme guidelines*)⁴⁸ erişim yükümlülüğü getirilmesi hususunda ulusal düzenleyici otoritelere takdir yetkisi tanınmıştır.⁴⁹

yükümlülükler sırasıyla, 'Şeffaflık Yükümlülüğü' (md. 9), 'Ayırım Gözetmeme Yükümlülüğü' (md. 10), 'Hesap Ayırımı Yükümlülüğü' (md. 11), 'Belirli Şebeke Tesislerine Erişimin Sağlanmasına ve Bunların Kullanılmasına İlişkin Yükümlülükler' (md. 12) ile 'Fiyat Kontrolü ve Maliyet Muhasebesi Yükümlülükleri' (md. 13) dir.

⁴⁶ Yükümlülük getirilirken Erişim Direktifi'nin 8'inci maddesinin "***Bu maddeye uygun olarak getirilen yükümlülükler belirlenen sorunun yapısına dayandırılmalıdır, 2002/21/EC sayılı Direktifin (Çerçeve Direktifi'nin) 8 inci maddesinde belirtilen hedefler doğrultusunda orantılı ve izah edilebilir olmalıdır.***" hükmünü âmir 4'üncü fıkrası öncelikle dikkate alınmalıdır.

⁴⁷ Uygulama Program Arayüzleri (UPA'lar), yayıncılar ya da hizmet sağlayıcılar tarafından sunulan uygulamalar arasındaki yazılım arayüzleri ile sayısal televizyon ve radyo hizmetlerine ilişkin gelişmiş sayısal televizyon ekipmanındaki kaynakları ifade etmektedir (Çerçeve Direktifi, md. 2).

⁴⁸ Elektronik Program Klavuzları (EPK'lar), kullanıcıların program bilgilerinin gösterildiği menülere erişmelerini, programlar hakkında detaylı bilgiye ulaşmalarını ve mevcut program seçenekleri arasında seçimlerini yapmalarını sağlayan bir tarayıcı (browser) görevi görmektedir (NICOLINAKOS, Nikos, 2000, "**The New Legal Framework for Digital Gateways-The Complementary Nature of Competition Law and Sector-Specific Regulation**", European Competition Law Review, No: 9, s. 409).

⁴⁹ 2002 AB Düzenleyici Paketinde ve Erişim Direktifi'nde benimsenen ana kural, yükümlülüklerin EPG'ye sahip işletmecilere getirilmesi ve doğrudan yükümlülük yerine pazar analizine dayalı orantılı yükümlülüklerle başvurulmasıdır. Ulusal düzenleyici otoritelere bu kuralın aksine takdir yetkisi tanıyan Erişim Direktifi'nin 5'inci maddesi EPG'ye sahip olmayan işletmecilere de yükümlülük getirilmesinin önünü açarken, Direktifin 6/1'nci maddesi 'sayısal televizyon için koşullu erişim sistemleri'nden yayıncı

Erişim Direktifi'nin yukarıda zikredilen 5 ve 8'inci maddeleri, üye ülke ulusal düzenleyici otoritelerinin 'arabağlantı'yı da içine alacak şekilde erişim yükümlülüklerini hangi aşamaları takip ederek ve hangi kriterleri esas alarak getireceğine dair genel bir çerçeve çizmektedir. Bu çerçeve çizilirken; Arabağlantı Direktifi'nden farklı olarak, ulusal düzenleyici otoritelerin kural olarak sözleşmelere müdahalesine imkân tanınmamıştır. Bununla birlikte; Çerçeve Direktifi'nin 8'inci maddesinde öngörülen düzenleyici hedeflerin gerçekleşmesini sağlamak maksadıyla bu kuralın istisnasını oluşturacak bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir.

Söz konusu düzenleme Erişim Direktifi'nin 5'inci maddesinde saklıdır. Anılan Direktif maddesinin son paragrafı, "*Erişim ve arabağlantıya ilişkin olarak, Üye Devletler, 2002/21/EC sayılı Direktif (Çerçeve Direktifi)'in 6, 7, 20 ve 21 inci maddelerinde atıf yapılan prosedürlere ve işbu Direktif hükümlerine uygun olarak 2002/21/EC sayılı Direktif (Çerçeve Direktifi)'in 8 inci maddesinde öngörülen hedefleri sağlamak amacıyla ulusal düzenleyici otoritelerin; şartların gerekli kıldığı hallerde ya da teşebbüsler arasında anlaşma tesis edilememesi durumunda taraflardan herhangi birinin talebi üzerine, re'sen müdahale etme yetkisine sahip olmasını sağlar.*" hükmünü içermektedir. Söz konusu madde hükmü işletildiğinde, erişim ve arabağlantı sözleşmelerine ilişkin olarak taraf iradelerinin önemli ölçüde kısıtlanabileceği açıktır.

Bununla birlikte; söz konusu Direktif hükmü ile, ulusal düzenleyici otoritelere tanınan re'sen müdahale yetkisinin sözleşmenin hangi aşamasında, ne türlü müdahaleleri kapsadığı belirsizdir. Direktif hükmünde, sözleşmelere yönelik re'sen müdahale yapılabilmesi için (i) şartların gerekli kılması ya da (ii) teşebbüsler arasında anlaşma tesis edilememesi durumunda taraflardan herhangi birinin talebi yeterlidir. Bununla birlikte, yapılacak müdahale öncesinde 2002/21/EC sayılı Çerçeve Direktifi'nin, ulusal düzenleyici otoritelerin ilgili tarafların görüş ve değerlendirmelerini almasını öngören 6'ncı maddesi, Tek Pazarın işler halde tutulması amacıyla belirli hallerde Komisyon ve diğer ulusal düzenleyici otoritelerin görüşlerinin alınmasını âmir 7'nci maddesi ile işletmeciler arasında çıkan uzlaşmazlıkların çözümüne ilişkin hükümler içeren 20'nci ve 21'inci maddelerine uygun olarak gerekli adımların atılması gerektiği ifade edilerek, amacına uygun, şeffaf ve orantılı bir müdahalenin çerçevesi çizilmektedir.

Yukarıda zikredilen maddeler yükümlülüklerin EPG'ye sahip işletmecilere getirilmesi kuralına ve akit serbestisine istisna teşkil eden

firmaların yararlanmasını teminen, kayıtsız şartsız her koşullu erişim sistem sağlayıcısına erişim sağlama yükümlülüğü getirmektedir.

hükümler içerse de; Erişim Direktifi'nin sözleşmelere müdahalenin kapsamını istisnâi ve sınırları belirli koşullara bağladığı dikkate alındığında, Direktif kapsamında genel olarak taraf iradelerinin ve orantılılık ilkesinin esas alındığı görülmektedir.

4. TÜRK MEVZUATINDA ERİŞİM VE ARABAĞLANTI ALANINDAKİ DÜZENLEMELER

I. Konuyla İlgili Kanunî Düzenlemeler

Türk telekomünikasyon mevzuatının erişim düzenlemeleri açısından en önemli kaynağı, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile 2813 sayılı Telsiz Kanunu'dur. Her iki Kanun da kabul edildikleri tarihten bu yana müteaddit kez değişikliğe uğramış olup bu süreçte en kapsamlı değişiklik 4502 sayılı Kanun ile gerçekleşmiştir. 4502 sayılı Kanunla, telekomünikasyon sektöründe serbestleşmenin önü açılmış; hizmetlerin rekabetçi bir ortamda yürütülmesi için yetkilendirme (lisanslama), uzlaştırma, ücretlendirme ile ilgili düzenlemeler getirilmiş; ekonomik düzenleme (regülasyon) kavramı, ulusal politikaların belirlenmesi ve işletmecilik kavramlarından ayrılmıştır. Bu doğrultuda; mezkûr Kanunla 2813 sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile telekomünikasyon sektörünü düzenlemek ve denetlemek üzere TK kurulmuş ve TK'ya bazı görev ve yetkiler yüklenmiştir.⁵⁰

Söz konusu görev ve yetkilerin nasıl kullanılacağına dair ayrıntılı hükümler içeren 406 sayılı Kanunda 'arabağlantı' ve 'roaming'e⁵¹ ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup, söz konusu düzenlemeleri içeren temel madde, anılan Kanunun 10'uncu maddesidir. Maddenin ilk ve son fıkralarında TK'nın çıkaracağı yönetmeliklere atıf yapılsa da arabağlantı ve roaming yükümlülüklerinin tâbi olduğu asgari koşulların bizzat Kanun Koyucu tarafından düzenlendiği görülmektedir.

Bu kapsamda; arabağlantı yükümlülüklerinin arabağlantıya ilişkin talepleri eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kârâ dayalı olma ilkeleri temelinde ve ara bağlantı yükümlülerinin veya bunların ortaklarının, iştiraklerinin veya ortaklıklarının, kendi hizmetleri için sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede karşılamakla yükümlü olduğu hükme

⁵⁰ Bkz. 2813 say. Kanun, md. 7.

⁵¹ Bir erişim türü olan 'roaming', 406 sayılı Kanunun 1'inci maddesinde, "Bir işletmeciye ait hizmetlerin, teknik uyumluluk şartları saklı kalmak üzere, diğer bir işletmecinin müşterilerine ait ekipmanlar üzerinden çalışmasına veya bir diğer sisteme ara bağlantısına imkân sağlayan sistemlerarası dolaşım" olarak tanımlanmıştır.

bağlanmıştır.⁵² Maddenin ilk fıkrası gereği; Türk Telekom arabağlantı yükümlüsü olup, arabağlantı sağlamakla yükümlü olan diğer işletmecilerin TK tarafından belirlenmesi hükme bağlanmıştır. Ayrıca; arabağlantıya ilişkin bir anlaşmazlık çıkması halinde izlenecek uzlaştırma prosedürü ve uzlaştırmaya ilişkin esaslar da maddenin 4'üncü fıkrasında düzenlenmiştir. Diğer taraftan; maddenin son fıkrasına göre TK'nın arabağlantı ve roaming sözleşmeleri kapsamında ortaya çıkabilecek *serbest rekabeti engelleyici* halleri tespit etme ve giderme görevi bulunmaktadır. Ancak; bu görevin ifası için gerektiğinde Rekabet Kurumu'na başvurmanın dışında öngörülen '*rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirler*' ile neyin kastedildiği açık değildir.⁵³

406 sayılı Kanununun 10'uncu maddesinde getirilen ve telekomünikasyon sektöründe bir ilk olma özelliği taşıyan bir başka düzenleme de 'roaming' ile ilgilidir. Anılan Kanun maddesinin 5'inci fıkrasında; *mobil telekomünikasyon, data veya Kurum'un belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri, aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkân dahilindeki roaming taleplerini karşılamakla* yükümlü kılınmıştır. Madde hükmü gereğince, *mobil telekomünikasyon, data veya Kurum'un belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecilerinin* yasal şartları hâiz olmak kaydıyla her türlü roaming talebini karşılamak zorunda olduğu dikkate alındığında; yasada sınırları oldukça geniş, kapsamı teknolojik gelişmelere bağlı olarak değişebilecek bir roaming yükümlülüğünün getirildiğini söylemek mümkündür.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, arabağlantı ve dolaşım konularında 2813 ve 406 sayılı Kanunlar ile belirlenen usûl ve esaslar dahilinde birer erişim yükümlülüğünün Kanun Koyucu tarafından getirildiği açıktır. Ayrıca, 406 sayılı Kanunun 10'uncu maddesi uyarınca TK tarafından hazırlanan ve 23.05.2003 tarih ve 25116 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Erişim ve

⁵² Bkz. 406 say. Kanun, md. 10/2.

⁵³ Maddenin düzenleniş şeklinde bakıldığında; TK'nın arabağlantı ve roaming sözleşmelerinin *telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici* sonuçlara yol açmamasını sağlama görevinin sektörde rekabet ihlali gerçekleşmeden önceki aşamaya yönelik ve daha ziyade koruyucu-engelleyici (*ex ante*) nitelikte olduğu görülmektedir. Diğer taraftan; Rekabet Kurumu (RK) hâkim durumun kötüye kullanılması durumunda ya da rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar söz konusu olduğunda gerekli tedbirleri almakta olup, RK'nın görevinin rekabet ihlallerini gidermeye yönelik (*ex post*) olduğu görülmektedir.

Arabağlantı Yönetmeliği⁵⁴ ile bu Yönetmeliğe istinaden çıkartılan Tebliğ vb. düzenlemelerde kanunda açıkça zikredilmeyen bazı erişim konularında da ilgili işletmecilere yükümlülükler getirildiği görülmekte olup, söz konusu erişim yükümlülükleri aşağıda incelenmektedir.

II. İkincil Düzenlemeler

A. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği

Arabağlantı ve roaming dışında erişim yükümlülüğü öngören ya da genel olarak erişim türlerini düzenleyen açık bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu alandaki boşluk Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği ile doldurulmuş ve bu Yönetmelik ile genel ve özel erişim konularında ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemeler arasında yer alan 7'nci madde, genel nitelikli erişim yükümlülüklerinin hangi kriterlere bağlı olacağını ve erişimin sınırlandırılabilmesi halleri tesbit etmektedir. Özel yükümlülük maddeleri olan 8, 13, 14 ve 15'inci maddeler sırasıyla 'arabağlantı', 'ortak yerleşim', 'tesis paylaşımı' ve 'taşıyıcı seçimi' hususlarında, 9'uncu madde ise EPG'ye sahip işletmecilerce sunulan erişim hizmetlerinin *ayrım gözetmeksizin* sunulması hususunda getirilebilecek yükümlülükler öngörmektedir. 'Tarife kontrolü' başlıklı 11'inci madde ile 'Hesap ayrımı, maliyet muhasebesi ve denetim' başlıklı 12'nci madde ise EPG'ye sahip işletmecilerce sunulan erişim/arabağlantı hizmetlerine ilişkin tarife kontrolü, hesap ayrımı, raporlama ve denetlemeyle ilişkin düzenlemeler ihtiva etmektedir.

Erişim ve arabağlantı sözleşmelerine ilişkin akit serbestisini düzenleyen 17'nci madde; uzlaşmazlıkların çözümüne ilişkin 18'inci madde; sözleşmeler üzerindeki mevzuata uygunluk denetimini düzenleyen 19'uncu madde ile referans erişim ve/veya arabağlantı tekliflerinin hazırlanması ve onaylanmasına ilişkin 'Şeffaflık' başlıklı 10'uncu madde ise erişim/arabağlantı hizmetlerinin, hangi esaslar çerçevesinde sunulması gerektiğini ortaya koymaktadır. AB sistemine paralel olarak, Yönetmeliğin 16'ncı maddesinde, herhangi bir yükümlülük getirilmeden önce pazar analizi kapsamında EPG'ye sahip işletmecilerin belirleneceği ifade edilmektedir.

Yukarıda zikredilen maddelerden 'Erişim sağlama' başlıklı 7'nci madde, erişimin türünden ve sunulduğu teknolojiden bağımsız olarak uygulanma kabiliyetini hâiz olup; diğer maddelerde öngörülmemiş erişim türleri bahis mevzu olduğunda mezkûr Yönetmelik maddesindeki genel nitelikli kriterler ışığında yükümlülük getirilmesi mümkündür. Bu Yönetmelik maddesi

⁵⁴ Bilahare 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği ile 23.05.2003 tarih ve 25116 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

kapsamında yükümlülük getirilebilmesinin koşulu; TK'nın, erişimin reddi (veya bu sonucu doğuracak şekilde ağır şartların ileri sürülmesi) durumunda ortaya çıkacak şartların

- (i) rekabet ortamının oluşumunu engelleyeceğine veya
- (ii) ortaya çıkacak durumun kullanıcıların aleyhine olacağına

karar vermesidir.⁵⁵ Anılan Yönetmelik maddesinin son (3'üncü) fıkrasında da genel bir ilke olarak, erişim/arabağlantı talebinde bulunan işletmecilerin taleplerine dahil olmayan gereksiz hizmetleri almamalarını teminen, erişim sağlamakla yükümlü işletmecilerin *taşıma, anahtarlama ve işletim arayüzleri de dahil olmak üzere kendilerinden talep edilen erişimi sağlayacak şekilde ayırıştırma yapmakla yükümlü* oldukları hüküm altına alınmış; TK'nın yerel ağ da dâhil olmak üzere bütün şebeke bileşenlerine ayırıştırılmış erişim sağlama yükümlülüğünün kapsamını belirleyeceği ifade edilmiştir.⁵⁶

Münhasıran arabağlantıya ilişkin düzenlemeler içeren Yönetmeliğin 8'inci maddesi ile, 406 sayılı Kanunda sadece Türk Telekom için açıkça zikredilen arabağlantı yükümlülüğünün EPG'ye sahip işletmecileri kapsadığı hükme bağlanmış, aynı zamanda arabağlantı yükümlülüğünün sınırlarının EPG'ye sahip olmayan işletmeciler aleyhine genişletilebileceği ifade edilmiştir. Bu madde hükmünde (md. 8/1); Yönetmeliğin 'Erişim sağlanması' başlıklı 7'nci maddesindeki kriterler tekrarlanarak TK'ya, söz konusu kriterlerin varlığı halinde, ilgili işletmeciye arabağlantı yükümlülüğü getirme yetkisi tanınmaktadır. Arabağlantı yükümlülüğünün sınırlarını tayin eden son fıkrada ise *arabağlantının teknik ve ticari alternatiflerinin bulunması veya (ii)*

⁵⁵ Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin bu madde hükmü, 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi'nin 'Belirli şebeke unsurlarına erişimin sağlanmasına ve bunların kullanılmasına ilişkin yükümlülükler' başlıklı 12'nci maddesine benzer nitelikte düzenlenmiştir. Ancak, bu maddede Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 7'nci madde hükmünden farklı olarak *son* kullanıcı menfaatlerine atıf yapılmış, ayrıca erişimin reddinin ya da aynı etkiye sahip makûl olmayan hüküm ve koşulların *perakende düzeyinde yapacağı etki* vurgulanmıştır.

⁵⁶ Bu Yönetmelik hükmüne istinaden Yerel Ağa Ayırıştırılmış Erişime İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Tebliğ yayımlanmış olup, söz konusu Tebliğ, "4.II.C. Yerel Ağa Ayırıştırılmış Erişime İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Tebliğ" başlığı altında incelenmektedir.

arabağlantıyı sağlamak için gerekli kaynakların bulunmaması halinde arabağlantı yükümlülüğünün sınırlandırılabilceği belirtilmiştir.⁵⁷

Erişim yükümlülüklerinin getirilmesi, sektördeki erişim açığının ortadan kaldırılmasına katkı sağlayacak önemli bir adım ise de makûl ve uygulanabilir koşullar mevcut değilse sağlanan erişimin, bundan yararlanan işletmecilere getireceği fayda sınırlıdır. Bu itibarla, yükümlülük konusu erişimin zorunluluk olarak öngörülmesi yanında erişim yükümlüsü işletmeciler tarafından ayırım gözetmeksizin ve uygulanabilir ücretler ile sunulması, sektörde rekabetin ve piyasaya girişlerin sağlanması için büyük önem taşımaktadır. Nitekim; Kanun Koyucu tarafından, arabağlantı yükümlüsü işletmecilerin arabağlantıya ilişkin talepleri *eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kârâ dayalı olma ilkeleri temelinde* karşılamak zorunda oldukları ifade edilmiştir.⁵⁸

Benzer şekilde, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesi, TK tarafından, EPG'ye sahip işletmecilere, *telekomünikasyon hizmetlerini sağlamak için kendi kullandıkları veya üçüncü şahısların telekomünikasyon hizmetlerini sunmak için gereksinim duydukları hizmetleri* talep edilmesi halinde *ayırım gözetmeksizin ve kendilerine uyguladıkları koşullarla* sağlama yükümlülüğü getirilebileceğini belirtmektedir.⁵⁹ Diğer taraftan; Yönetmeliğin 11'inci maddesi kapsamında; TK, EPG'ye sahip işletmecilere erişim ve arabağlantı tarifelerini maliyet esaslı olarak belirleme yükümlülüğü getirebileceği gibi söz konusu işletmecilerden tarifelerinin maliyet esaslı belirlendiğinin ispatlanmasını talep edebilecektir.⁶⁰ Müteakip (12'nci) maddede

⁵⁷ Söz konusu madde hükmünde dikkat çeken en önemli husus, maddede arabağlantı yükümlülüğünü sınırlandıran söz konusu istisnâî şartların 97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifi'nin 4'üncü maddesinde belirtilen sınırlama nedenleriyle özdeş olmasıdır (Bkz 39 no'lu dipnot). Ancak, anılan Direktif hükmü söz konusu kriterler ışığında arabağlantı müzakerelerinin sınırlandırılmasına ilişkin bir çerçeve ortaya koyarken, anılan Yönetmelik hükmü (md. 8/3) aynı kriterleri (arabağlantı yükümlülüğünden) muafiyet şartları olarak zikretmektedir.

⁵⁸ 406 say. Kanun, md. 10/2.

⁵⁹ Bu maddenin uygulanabilirliği, talep konusu erişim hizmetlerinin Türk Telekom tarafından sunuluyor oluşuna bağlıdır. Bu nedenle; henüz sunulmaya başlanmamış ve mevzuatta ya da TK tarafından erişim yükümlülüğü kapsamına alınmamış olan altyapı/hizmetlerin 9'uncu madde çerçevesinde değerlendirilmesi hükûken mümkün gözükmemektedir.

⁶⁰ Anılan maddenin 3'üncü fıkrası, TK'nın *tarifelerin maliyet esaslı belirlenmediğine karar vermesi hâlinde tarifeleri maliyet esasına göre*

ise; TK tarafından, EPG'ye sahip işletmecilere (faaliyet gösterdiği alana göre değişen) belirli iş birimleri ile ilgili olarak hesap ayrımı yapma yükümlülüğü ve Kuruma sunulmak üzere, bahse konu iş birimleri için ayrı ayrı (gelir, gider ve maliyetleri gösteren) malî tablolar hazırlama yükümlülüğü getirilebilmesinin önü açılmıştır.

Erişim ve arabağlantı sözleşmesi yapan işletmecilerin lisans ve mevzuat hükümlerine aykırı olmamak şartıyla diledikleri sözleşme ilişkilerini kurabileceklerini ifade eden Yönetmeliğin 17'nci maddesi, *sözleşme özgürlüğü* ilkesinin erişim ve arabağlantı alanında geçerli olduğunu ifade etmektedir. Yönetmeliğin 'Uzlaşmazlıkların Çözümü' başlıklı 18'inci maddesi ise; erişim ve arabağlantı sözleşmesi kurmak amacıyla bir araya gelen tarafların anlaşamamaları durumunda, TK tarafından uzlaştırma prosedürü işletilmesine ve anlaşmazlığın devamı halinde nihâi hüküm, koşul ve ücretlerin tek tarafı olarak belirlenmesine imkân tanımaktadır.⁶¹ Söz konusu Yönetmelik maddesi, 406

belirleyeceği; tarifeleri maliyet esasına göre belirleyinceye kadar diğer ülke uygulamalarını ve işletmecilerin maliyet yapılarını uygun olduğu ölçüde dikkate alarak tarifelere üst sınır koyabileceğini hükme bağlamaktadır. Maddenin 4'üncü fıkrasında da söz konusu tarifelerin hangi maliyet unsurlarına dayanması gerektiği belirtilmekte; bu kapsamda söz konusu tarifelerin hizmetin etkin olarak sağlanmasının uzun dönem artan maliyeti ile ortak maliyetlerin hizmetle ilişkilendirilebilen kısmının toplamından oluşması gerektiği ifade edilmektedir.

⁶¹ Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 18'inci maddesinde erişim talebiyle başlayan süreç belirli sürelerden oluşan dört aşamadan müteşekkildir. Bu süreçte, işletmecilerin aralarında anlaşma ihtimali zayıfladıkça Kurumun uzlaştırma fonksiyonu daha da güçlü hale gelmekte, nihâi olarak Kurum tek tarafı olarak anlaşmazlık konusu hüküm, koşul ve ücretleri belirleyebilmektedir. Yönetmeliğin 18'inci maddesinde öngörülen söz konusu aşamalar sırasıyla aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

İlk aşama tarafların Kuruma gelmeden, müzakere ile geçirdikleri azami üç (3) aylık süredir. Bu süre, taraflardan birinin diğerine erişim talebiyle başlar ve anlaşma sağlanamadığı gerekçesiyle Kuruma uzlaştırma talebiyle başvurması ile sona erer.

Kuruma uzlaştırma prosedürü işletilmesi amacıyla yapılan başvuru ile başlayan ikinci aşama, Kurumun tarafların taleplerini ve uzlaşamadıkları noktaları tespit ettiği aşama olup bu aşamada, 15'er günlük süreler içerisinde, Kurumun sırasıyla diğer işletmeciden konuya ilişkin bilgi ve belgeleri alması ve uzlaştırmayı kabul edip etmeyeceğine karar vermesi gerekmektedir.

Üçüncü aşama Kurumun 'uzlaştırma' fonksiyonunu ifa etmeye başladığı aşamadır. Bu aşama, Kurumun uzlaştırma prosedürünü işletmeye karar vermesi

sayılı Kanununun 10'uncu maddesinde arabağlantı anlaşmazlıkları için öngörülen Kurumun uzlaştırma yetkisini tüm erişim anlaşmazlıkları lehine genişletmiştir.

Yönetmeliğin 'Erişim ve Arabağlantı Sözleşmelerinin Kuruma Sunulması ve Aleniyeti' başlıklı 19'uncu maddesi, erişim/arabağlantı sözleşmelerinde mevzuata aykırı olan yerlerin tespit edilip düzeltilmesi amacıyla TK'ya bir takım yetkiler vermektedir.⁶² Söz konusu Yönetmelik maddesi uyarınca erişim ve arabağlantı sözleşmeleri imzalanmasını müteakip 15 (onbeş) gün içerisinde Kuruma sunulmakta olup, Kurumun mevzuata aykırı bulunduğu sözleşme hükümlerinin taraflarca düzeltilmesini talep etme yetkisi mevcuttur. Bu yetki, açık bir kanun hükmünde zikredilmemesi yönüyle Yönetmeliğin 18'inci maddesinde zikredilen 'uzlaştırma' yetkisine nazaran farklılık arz etmektedir.

Kanun ya da yönetmeliklerde zikredilmeyen ancak uygulamada yansımaları görülebilecek bir başka konu da erişim ile ilgili olarak getirilen yükümlülüklerin yükümlü işletmecilerin taraf oldukları erişim ve arabağlantı sözleşmelerini etkileyebileceği ve dolaylı olarak taraf iradelerini kısıtlayabileceği gerçeğidir. Her ne kadar erişim ve arabağlantıya ilişkin bir yükümlülük sözleşmelerden bağımsız olarak getirilse de söz konusu yükümlülüklerin sözleşmeleri etkilemesi mümkündür.⁶³ Erişim ile ilgili olarak

ile başlar ve taraflar arasında ilk aşamada sonuçsuz kalan müzakerelerin Kurum nezdinde yeniden başlaması ve anlaşma ile sonuçlanmasına yönelik olarak bir dört (4) hafta daha uzatılabilecek olan altı (6) haftalık sürelerin işlemeyle devam eder. Bu sürelerde de herhangi bir anlaşma söz konusu olmazsa dördüncü aşamaya geçilir.

Son aşama olan dördüncü aşamada, Kurum anlaşmazlık hali sabit olan işletmecilerin aralarında bir anlaşma tesis edilmesini beklemeksizin anlaşma için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirleyebilir. Kurumun anlaşma için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri gerekli gördüğü takdirde bir (1) ay daha uzatılabilecek iki (2) aylık süre içerisinde belirleme yükümlülüğü vardır.

⁶² Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin "Erişim ve Arabağlantı Sözleşmelerinin Kuruma Sunulması ve Aleniyeti" başlıklı 19'uncu maddesinin ilk fıkrası,

"Tüm erişim ve arabağlantı anlaşmaları, bunların ekleri ve değişikliklerinin tasdikli bir sureti imzalanmasını müteakip onbeş gün içerisinde Kuruma sunulur. İşletmeciler, Kurumun sözleşmelerde mevzuata aykırı bulunduğu hususlara yönelik düzeltme taleplerini otuz gün içerisinde yerine getirmekle yükümlüdürler. Anlaşmaların, Kurumun görüşüne sunulmasına ilişkin görev ve imtiyaz sözleşmelerinde, genel izin ve telekomünikasyon ruhsatlarındaki hükümler saklıdır" şeklinde düzenlenmiştir.

⁶³ Söz konusu yükümlülükler, şebekelerin/hizmetlerin yakınsamasına ve dikey bütünleşmeye bağlı olarak ortaya çıkan darboğaz (*bottleneck*) sorunları başta

getirilen söz konusu yükümlülüklerin uygulanması sonucunda, mevcut bir erişim sözleşmesinin değiştirilmesi gerekebileceğinden sözleşme üzerindeki *dolaylı* bir düzenleyici müdahalenin varlığından söz edilebilir. Bu tür müdahalelerin olumsuz sonuçlarını bertaraf etmek amacıyla düzenleyici otoritelerin düzenleme taslaklarını kamuoyuyla paylaşmaları ve şeffaf bir politika takip etmeleri esastır.

İşletmecilerce hazırlanan ve düzenleyici otoriteler tarafından onaylanan referans erişim/arabağlantı teklifleri, şeffaf bir düzenleyici politikanın vazgeçilmez araçları arasında yer almaktadır. Zira, düzenleyici bir süzgeçten geçerek son halini alan referans teklifler, referans teklifi hazırlayan işletmecinin taraf olacağı erişim/arabağlantı sözleşmelerine baz teşkil etmektedir.⁶⁴ Erişim Direktifi'nin 'Şeffaflık' başlıklı 9'uncu maddesinde EPG'ye sahip işletmecilere getirilebilecek yükümlülükler arasında sayılan referans erişim/arabağlantı teklifi hazırlanması, mer'i mevzuatımızda da benimsenmiştir. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 'Şeffaflık' başlıklı 10'uncu maddesinde, Kurumun EPG'ye sahip işletmecilere, *teknik özellikler, şebeke özellikleri, tedarik ve kullanıma ilişkin hüküm ve koşullar ile ücretler gibi belirli bilgileri aleni hâle getirme yükümlülüğü getirebileceği* belirtildikten sonra, 2'nci fıkrada, Kurumun *ayrım gözetmeme yükümlülüğü getirilen işletmecilere referans erişim ve/veya arabağlantı teklifleri hazırlama yükümlülüğü getirebileceği* hüküm altına alınmıştır.

olmak üzere ilgili pazarda öngörülemeyen nedenlerle meydana gelen piyasa aksaklıklarının giderilmesi amacıyla bir takım düzenlemelere gereksinim duyulmasından kaynaklanabilir. Örneğin; bir düzenleyici otorite, yaptığı piyasa analizinden sonra çapraz sübvansiyon ya da diğer fiyat tabanlı pazara giriş engelleri olduğunu tespit etmesi halinde ücretlendirme prensiplerini değiştirmeye karar verebilir. Bu kapsamda, başlangıçta tavan (olarak belirlenen) fiyatın üstünde ücret belirlememekle yükümlü kılınan ya da ücretlerini serbestçe belirleyebilecek olan işletmeciler, bilahare 'hesap ayrımı' ve 'maliyet esaslı ücretlendirme' yükümlülüklerine tâbi kılınabilirler (Bkz. ÜNVER, 2005, s. 73). Bu durumda, tarafların yeniden bir araya gelip yeni benimsenen ücretlendirme prensibini mevcut sözleşmelerine yansıtmaları kaçınılmaz olup, sözleşmelere dolaylı bir müdahalenin varlığından bahsedilebilir.

⁶⁴ Düzenleyici otoritelerin gerekli değişiklikleri yapıp onaylaması ile resmi bir belge halini alan söz konusu teklifler, erişim ve arabağlantı alanındaki düzenlemelerin sözleşmelere yansıtılması için de katalizör görevi görmektedir. Bu anlamda; referans teklifler, yukarıda zikredilen *dolaylı* müdahalelerin öngörülebilir ve uygulanabilir bir şekilde hayata geçmesinde de önemli bir işlevi bulunmaktadır.

Söz konusu Yönetmelik maddesi incelendiğinde; referans tekliflerin hazırlanıp Kurumun onayına sunulmasının, ‘ayırım gözetmeme’ ilkesinin bir parçası olduğu görülmektedir. Zira; bu yükümlülüğün her EPG’ye sahip işletmeciye değil, bu işletmecilerden 9’uncu madde uyarınca ‘ayırım gözetmeme’ yükümlüsü sayılanlara getirilmesi öngörülmektedir. Yukarıda zikredilen Direktif maddesiyle uyumlu olan bu yaklaşıma göre; Kurum tarafından (ayırım gözetmeme ve) referans erişim ve/veya arabağlantı teklifi hazırlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler, söz konusu yükümlülüğün getirildiği tarihten itibaren en geç üç ay içinde referans erişim ve/veya arabağlantı tekliflerini hazırlayarak Kurumun onayına sunmakla yükümlüdürler. TK tarafından gerekli görülen düzeltmelerle nihâi haline gelen ve TK’nın onayı olmaksızın geçerli ve resmi bir metin haline gelmeyen referans teklifler, doğrudan bağlayıcı nitelikte değildir.

Referans erişim/arabağlantı teklifleri, referans teklif sahibi işletmeciler tarafından sunulacak hizmetlerin nasıl sağlanacağına ışık tutsa da bir akit niteliği taşımamaktadır.⁶⁵ Bu tekliflerin, teklifte öngörülen koşullarla sözleşme yapmak isteyen işletmeciler için BK anlamında bir sözleşme yapma vaadi ya da icap niteliğini de taşıdığını söylemek zordur. Uygulamada da görüldüğü üzere, mevcut sözleşmeler, içerik ve kapsam olarak büyük ölçüde örtüşse de referans teklifler ile aynı muhtevada değildir. Bunun temel nedeni, aynı muhtevada sözleşme tanzim edilmesi hususunda referans teklif sahibi işletmeci üzerinde mevzuatta öngörülen bir yaptırımın bulunmayışıdır. Yürürlükteki kanunlarda düzenlenmediği de göz önünde bulundurulduğunda, referans tekliflerin hukuksal statüsünün açık ve net olmadığı sonucuna varılabilir. Uygulamada Kuruma intikal eden uzlaşmazlıkların çözümünde referans alınan ve uzlaştırma kapsamında belirlenen hüküm, koşul ve ücretlere dayanak teşkil eden referans tekliflerin doğrudan bağlayıcı olmaması, sektörde hukukî güvencenin sağlanması bakımından eksiklik olarak görülebilir.

⁶⁵ TK tarafından, piyasaya girişler için büyük önem taşıyan referans tekliflerin arabağlantı dışındaki farklı erişim konularında da hazırlanması ve yaygınlaşması sağlanmıştır. Bu kapsamda, veri akış erişimi/al-sat yöntemiyle internet erişimi (ADSL/G.SHDSL) sağlanması gibi alanlarda Türk Telekom tarafından hazırlanan ve Kurumca onaylanarak yürürlüğe giren referans tekliflerin, söz konusu alanlarda hukukî belirliliği sağladığı açıktır. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nin 10’uncu maddesi çerçevesinde ilgili işletmecilerce hazırlanmış bulunan ve Kurul tarafından onaylanarak nihâi halini alan referans teklifler için bkz. http://www.tk.gov.tr/srth/ref_eri_araba_teklifleri.htm.

B. Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ

Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliği, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'ne dayanılarak hazırlanmış olup 31.12.2003 tarih ve 26333 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.⁶⁶ 'Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde 'ortak yerleşim' ve 'tesis paylaşımı'na ilişkin olarak TK tarafından yükümlülük getirilebileceği hükme bağlanmış; bu yükümlülüğün uygulama usul ve esasları ise Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Tebliği ile belirlenmiştir. Söz konusu Tebliğ, piyasaya girişlerin kolaylaştırılması, kaynakların etkin kullanımı ve rekabetçi bir piyasa ortamı yaratılmasını teminen erişim/arabağlantı hizmetleri için gerekli tesislerin, cihazların ve destekleyici ekipmanların diğer işletmecilere kullandırılmasını düzenleyen hükümler içermektedir.

'Tesis paylaşımı', boru, menhol, kule, klima, enerji tesisleri, kanallar, vb. fiziksel destekleme altyapısının ortak kullanımına karşılık gelmekte; bir işletmeciye ait binalar, santraller ile yerleşik işletmeciye ait kurulu cihazların bir başka işletmeciye kullandırılması ise 'ortak yerleşim' olarak adlandırılmaktadır.⁶⁷

Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Tebliği'nin 6'ncı maddesinde Türk Telekom ve EPG'ye sahip işletmeciler, fiziksel ortak yerleşim⁶⁸ sağlamakla yükümlü kılınmışlardır. Anılan işletmecilere getirilen bu yükümlülüğün kaldırılması, anılan madde gereğince (i) fiziksel ortak yerleşimin zaruri olmadığı veya (ii) teknik imkânsızlık ve/veya kapasite yetersizliğinin

⁶⁶ Söz konusu Tebliğ, dayanağı olan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin yenilenmesine paralel olarak, 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ kapsamında değiştirilmiştir. Ancak, yapılan değişiklikler esasa müteallik olmayıp, anılan Yönetmelikteki madde numaralarının değişmesine bağlı olarak yapılan şekli düzeltmeleri içermektedir.

⁶⁷ Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ'in 4'üncü maddesinde, 'ortak yerleşim', "*Türk Telekom ve EPG'ye Sahip İşletmeciler ile arabağlantı yapmak veya yerel ağa erişim gibi maksatlarla yapılan fiziksel, sanal veya uzaktan ortak yerleşim*"; 'tesis paylaşımı' ise "*Telekomünikasyon hizmeti sunumunda kullanılan tesis ve cihazların diğer işletmeciler tarafından da kullanılması veya paylaşılması*" olarak tanımlanmıştır.

⁶⁸ Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Tebliği'nin 4'üncü maddesinde, 'Fiziksel Ortak Yerleşim', "*Arabağlantı veya erişim için gerekli olan cihazların Ortak Yerleşim Yükümlüsünün tesislerine yerleştirilmesi*" olarak tanımlanmıştır.

kanıtlanması durumunda söz konusudur. Anılan Tebliğ maddesine göre ispat yükü, fiziksel ortak yerleşim yükümlüsü işletmecilere aittir. Söz konusu kriterler ışığında yükümlülüğünün kaldırılması durumunda, Telekomünikasyon Kurulu⁶⁹ tarafından sanal ortak yerleşim,⁷⁰ uzaktan ortak yerleşim⁷¹ veya hüküm ve şartları söz konusu duruma göre değiştirilmiş bir ortak yerleşim yükümlülüğü getirilebilmektedir.

Tebliğ kapsamında, ortak yerleşim yükümlülüğü Türk Telekom ve EPG'ye sahip işletmecilere getirilirken tesis paylaşımı konusunda farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Tebliğin 9'uncu maddesine göre; *tesislerini kamuya veya üçüncü şahıslara ait bir arazinin üzerine veya altına yerleştirebilen veya bu tür arazileri kullanabilen veya kamulaştırma müessesesinden yararlanabilen işletmeciler* tesis paylaşımı yükümlüsü olarak anılmaktadır. Tebliğin 9'uncu maddesinde, ortak yerleşim yükümlülüğünün kaldırılması için aranan ön koşullar tesis paylaşımı için de geçerli kılınmış, bunun yanında söz konusu koşullara *'kapasite artırım imkânının olmaması'* kriteri eklenmiştir.⁷²

C. Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişime İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ

Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişime İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'ne istinaden, 20.07.2004 tarih ve

⁶⁹ 2813 sayılı Kanununun 5'inci maddesi, *"Kurum'un karar organı bir kurul başkanı ve dört üyeden oluşan Telekomünikasyon Kurulu'dur"* hükmünü ihtiva etmektedir.

⁷⁰ Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Tebliği'nin 4'üncü maddesinde, *'Sanal Ortak Yerleşim', "Arabağlantı veya erişim için gerekli olan cihazların bakımı ve yönetiminin Ortak Yerleşim Yükümlüsü tarafından yerine getirildiği durum"* olarak tanımlanmıştır.

⁷¹ Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Tebliği'nin 4'üncü maddesinde, *'Uzaktan Ortak Yerleşim', "Ortak Yerleşim Yükümlüsünün tesislerinde Fiziksel Ortak Yerleşim için yeteri kadar yer olmadığı durumlarda İşletmeci cihazlarının Ortak Yerleşim Yükümlüsüne ait olmayan bitişik bina veya mekâna yerleştirilmesi"* olarak tanımlanmıştır.

⁷² 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi ile 2887/2000 sayılı Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişim Hakkında Tüzük çerçevesinde, 'erişim' objektif nedenler ışığında 'teknik imkânsızlık' ve 'şebeke bütünlüğünün korunması' gerekçeleriyle sınırlandırılabilir olup, tesis paylaşımı ve ortak yerleşim açısından Tebliğde öngörülen sınırlandırma kriterlerinin AB mevzuatı ile uyumlu olduğu görülmektedir.

25528 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.⁷³ Bu Tebliğ ile bir taraftan son kullanıcıların başta genişbant internet olmak üzere katma değerli telekomünikasyon hizmetlerinden azami ölçüde yararlanması, diğer taraftan da telekomünikasyon altyapısı ve kaynaklarının etkin kullanımını sağlayan rekabetçi bir piyasa oluşturulması hedeflenmektedir. Sektörde rekabetin artması için oldukça etkili bir adım olan bu Tebliğ ile alternatif işletmecilerin yerleşik işletmecinin mülkiyetindeki ‘yerel ağ’ üzerinden (ses, veri iletimi, genişbant internet vb) hizmetler sunmaları ve son kullanıcılara ulaşabilmelerinin önü açılmıştır. Aynı zamanda, 2887/2000 sayılı Konsey Tüzüğü ile AB genelinde zorunluluk haline getirilen yerel ağın paylaşımına açılması da bu şekilde gerçekleşmiş ve AB mevzuatına erişimin bu alanında tam uyum sağlanmıştır.

Anılan Tebliğ, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nin ayrıştırma yükümlülüğü öngören 7/3’üncü maddesinin Türk Telekom’un mülkiyetindeki yerel telefon şebekesi (bakır ağ) açısından uygulanma usûl ve esaslarını ortaya koymaktadır. Tebliğin 5’inci maddesinde, her türlü makûl ve uygulanabilir yerel ağa ayrıştırılmış erişim talebinin Türk Telekom tarafından ayırım gözetmeksizin, adil, şeffaf ve kendisine uyguladığı koşullarla yerine getirilmesi gerektiği belirtilmekte; müteakip maddelerde de bu yükümlülük kapsamında sunulması zorunlu bilgi ve hizmetler, bu hizmetler karşılığında alınacak ücretler, yükümlülüğün sınırlandırılmasına sebep teşkil eden hususlar, ayırım gözetmeme yükümlülüğünün kapsam ve sınırları, hizmetin kesilmesi durumunda takip edilecek prosedür, Türk Telekom ile işletmeciler arasındaki sözleşmelere yönelik Kurumun inceleme-denetleme yetkisi ile taraflar arasındaki uzlaşmazlıkların çözümüne ilişkin hususlarda düzenlemeler yer almaktadır.

Tebliğin 5’inci maddesinde çerçevesi çizilen ‘yerel ağa erişim yükümlülüğü’, 10’uncu maddede öngörülen koşullar çerçevesinde sınırlandırılabilir. ⁷⁴ Gerek işletmecilerin hak ve yükümlülükleri gerekse

⁷³ Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişime İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Tebliğ, Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten yaklaşık bir yıl sonra, 01.07.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Tebliğ, dayanağı olan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nin yenilenmesine paralel olarak, 14.06.2007 tarih ve 26552 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişime İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ kapsamında değiştirilmiştir. Ancak, yapılan değişiklikler esasa müteallik olmayıp, anılan Yönetmelikteki madde numaralarının değişmesine bağlı olarak yapılan şekli düzeltmeleri içermektedir.

⁷⁴ Sınırlandırmaya sebep teşkil eden hususların Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nin 7/3’üncü maddesinde öngörülen ‘*içinde bulunduğu koşulların ayrıştırma yükümlülüğünü yerine getirmesini engellediğini kanıtlaması*’ kriterinden daha geniş tutulduğu görülmektedir (Bkz. Yerel Ağa Ayrıştırılmış

bu yükümlülüklerin sınırlandırılmasında esas alınacak kriterler Tebliğ tarafından ortaya konulmuş ise de Türk Telekom şebekesi üzerinden sunulacak hizmet şartlarının tesbitinde, ‘Türk Telekom Referans Yerel Ağa Erişim Teklifi’nin uygulamada önemli bir işlevi bulunmaktadır.⁷⁵ Nitekim; yerel ağa erişim sözleşmeleri de söz konusu referans teklifin Türk Telekom tarafından hazırlanmasının ardından gerekli değişikliklerin yapılması ve TK tarafından onaylanmasını müteakip imzalanmıştır. Söz konusu referans teklif ışığında Türk Telekom ile piyasaya giren işletmeciler arasında kurulan yeni sözleşme ilişkileri, işletmecilerin eşit şartlarda Türk Telekom ile yarışabilmesinin önünü açmış ve yeni bir erişim modelinin ve akit türünün ülkemizde uygulanmasına zemin hazırlamıştır.

5. MER’İ MEVZUAT ÇERÇEVESİNDE ERİŞİM VE ARABAĞLANTI SÖZLEŞMELERİNİN KURULMASI, YÜRÜTÜLMESİ VE SONA ERDİRİLMESİ

I. Genel Olarak

Erişim ve arabağlantı hizmetlerinin tâbi olduğu teknik ve ekonomik ayrıntılar ile tarafların hak ve yükümlülükleri taraflar arasında yapılan bir sözleşme ile belirlenir. Sözleşme kapsamında erişim sağlayan taraf, şebeke bileşenleri üzerinde malik sıfatıyla her türlü tasarruf yetkisini hâiz bulunmaktadır. Bu kapsamda, şebeke işletmecisi (erişim sağlayan taraf), erişime konu olan tesis ya da altyapının idamesi, kullanıma elverişli hale getirilmesi ve bu şekilde muhafaza edilmesinden sorumlu olup, erişimden yararlanan işletmeci de kullanıma dayalı masraflardan dolayı erişim sağlayan işletmeciye makûl bir bedel ödemek zorundadır.⁷⁶ Buna göre; erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin unsurları,

(i) karşılıklı anlaşma

Erişime İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, md. 10). Ayrıca bkz. ÜNVER, 2005, s. 245.

⁷⁵ Yerel Ağa Ayırıştırılmış Erişime İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ 01.07.2005 tarihinden itibaren yürürlükte olmasına rağmen, referans yerel ağa erişim teklifinin Türk Telekom tarafından hazırlanıp Kasım 2006’da TK’nın onayından geçmesinden önce Türk Telekom ile işletmeciler arasında herhangi bir sözleşme kurulabilmiş değildir. TK’nın onayını müteakip 22.11.2006 tarihinde yayımlanan Türk Telekom Referans Yerel Ağa Erişim Teklifi için bkz.

http://www.tk.gov.tr/Basin_Duyurular/Duyurular/kamuoyu/teklifler/TT_Refer_Eri_Teklifi_010807.pdf

⁷⁶ ÜNVER, 2005, s. 17.

(ii) erişim/arabağlantı ücretinin (kullanma bedelinin) ödenmesi

(iii) altyapı ve/veya hizmetlere erişimin ya da şebekeler arası arabağlantı sağlanması taahhüdü

şeklinde sıralanabilir.

Mülkiyetin devrini konu almayan erişim/arabağlantı sözleşmeleri, uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere, kullandırma amacı güden bir akit olarak tanzim edilebileceği gibi tek veya çift taraflı bir erişim hizmetinin, paylaşımlı olarak ya da münhasıran bir işletmeciye sunulmasını da öngörebilir. Her halükârda, bu sözleşmeler eşit şartlardaki iki tarafın serbest iradeleriyle belirledikleri hükümler ihtiva eden rızâî akitlerdir. Erişim ve arabağlantı sözleşmelerinde genel ilke olarak akit (irade) serbestisinin hâkim olması, bu sözleşmelere özel hukuk sözleşmesi niteliği kazandırmaktadır.⁷⁷ Akit serbestisine göre; taraflar isterlerse kanunda düzenlenen bir akdin hükümlerini tamamen benimseyebilecekleri, hatta sadece akit konusunda anlaştıklarını beyan edip kanuna yollama yapmakla yetinebilecekleri gibi, kanunda öngörülen bazı akitleri birleştirerek veya karıştırarak da bir akit yapabilirler.⁷⁸

Akit serbestisine tâbi olmakla birlikte, erişim/arabağlantı sözleşmelerinin tanzim edilmesinde, tarafların uymakla yükümlü oldukları kanundan kaynaklanan belirli düzenlemeler bulunmaktadır.⁷⁹ Söz konusu düzenlemeler, Borçlar Kanunu (BK) hükümlerinden farklı olarak emredici nitelikte olup, sözleşmenin karşı tarafının ve muhtevasının belirlenmesine, kurulmasına, yürütülmesine, ortadan kaldırılmasına ilişkin taraf iradelerini kısıtlayıcı nitelikte hükümler içermektedir.

Bahse konu kısıtlamalar genel itibariyle erişim ve arabağlantı hizmetlerinin sunulma koşullarını ilgilendirmekte olup; doğrudan sözleşmelere

⁷⁷ ULUSOY'a göre, sözleşmenin bir tarafına kamu gücünden kaynaklanan üstün ve ayrıcalıklı yetkilerin tanınmamış olması, idareyle bir tüzel kişi arasında yapılmayı ve sözleşmenin bir kamu hizmetinin bu kişi tarafından yürütülmesine ilişkin olmayışı, bir tür erişim anlaşması olan roaming ve arabağlantı anlaşmalarının özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmesini sağlamaktadır (Bkz. ULUSOY Ali, 2002, **Telekomünikasyon Hukuku**, Ankara, 2002, s. 81-84; ULUSOY Ali, 2002, "**Telekomünikasyon Alanındaki Ara Bağlantı (Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği) Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 2, 2002).

⁷⁸ OĞUZMAN Kemal ve ÖZ Turgut, 2005, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2005, s. 20.

⁷⁹ Söz konusu düzenlemeler, "4. Türk Mevzuatında Erişim ve Arabağlantı Alanındaki Düzenlemeler" başlığı altında incelenmektedir.

yönelik müdahale araçları, mer'î mevzuatımızda 406 sayılı Kanunun 10'uncu maddesi ile Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 18 ve 19'uncu maddelerinde yer almaktadır.⁸⁰ Aşağıda da; taraf iradelerini kısıtlayan mevzuat hükümleri çerçevesinde sözleşmelerin kurulması, yürütülmesi ve sona ermesi aşamasındaki düzenleyici müdahalelerin neler olduğu incelenmektedir.

II. Kurulma Aşaması

BK sisteminde kural olarak sözleşmelerin kurulabilmesi için hukuki işlem ehliyetine⁸¹ sahip olan tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları yeterlidir. Bununla birlikte, bir erişim veya arabağlantı sözleşmesinin tarafları, hak ve fiil ehliyetinin dışında 406 sayılı Kanun anlamında 'kişisel telekomünikasyon tesisi sahibi'⁸² ya da 'işletmeci'⁸³ vasfını hâiz olmaları gerekmektedir.

⁸⁰ Bkz. 61-62 no'lu dipnotlar.

⁸¹ Bir şahsın, kendi irade ve fiili ile hak edinebilme ve borç altına girebilme ehliyetine 'hukuki işlem ehliyeti' ya da 'fiil ehliyeti' denilmektedir. Medeni Kanun'un 10'uncu ve 14'üncü maddeleri çerçevesinde, bir şahsın hukuki işlem ehliyetine sahip olabilmesi için, (i) temyiz kudretine sahip olması, (ii) reşit olması ve (iii) kısıtlı (mahcur) olmaması gerekir.

⁸² 406 sayılı Kanunun 1'inci maddesinde, 'kişisel telekomünikasyon tesisi', "2 nci maddenin (a) fıkrasında sayılan telekomünikasyon tesisleri" şeklinde tanımlanmış; 2 nci maddenin (a) fıkrasında ise aşağıdaki ifadelerle yer verilmiştir.

a) Hiç kimse Bakanlıkla bir görev, imtiyaz sözleşmesi yapılmış veya Bakanlık tarafından bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin verilmiş olmadıkça, telekomünikasyon hizmeti yürütemez ve/veya altyapısı kuramaz ve işletemez. Ancak, aşağıdaki faaliyetler bir imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı ya da genel izne tabi değildir:

1) Bir gerçek veya tüzel kişinin, kendi kullanımındaki taşınmazların dahilinde ve her bir taşınmazın sınırları dışına taşmayan, münhasır olarak şahsî veya kurumsal ihtiyaçları için kullanılan ve üçüncü şahıslara herhangi bir telekomünikasyon hizmeti verilmesinde kullanılmayan kişisel telekomünikasyon tesisleri.

2) Kamu kurum ve kuruluşlarının münhasıran verdikleri hizmetler ile ilgili olarak özel kanunları uyarınca kurdukları telekomünikasyon tesisleri.

Kurum söz konusu tesislerin bu maddedeki esaslara uygunluğu ve ara bağlantı talep edilmesi halinde uygulanacak usul ve esasları belirlemeye, kullanılan teçhizatın standartlara uygunluğunu denetlemeye ve uygun olmayanların kaldırılmasını sağlamaya yetkilidir.

⁸³ 4673 sayılı Kanun ile değişik 406 sayılı Kanunun 1'inci maddesinde, 'işletmeci', "Türk Telekom da dahil olmak üzere, Kurum ile yapılan bir görev sözleşmesi, imtiyaz sözleşmesi ve/veya Kurumdan alınan bir telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin uyarınca telekomünikasyon hizmetleri yürüten ve/veya

Diğer taraftan; 406 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinde, tüm arabağlantı sözleşmelerinin değil, *münhasıran işletmecilerin* kendi aralarında yaptıkları arabağlantı sözleşmelerinin Kuruma gönderilmesi hükme bağlanmaktadır.⁸⁴ Bu hükmün sınırları, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 19'uncu maddesi ile her türlü erişim ve arabağlantı sözleşmesini içine alacak şekilde genişletilmiştir.⁸⁵ Ayrıca; anılan Yönetmelik maddesine göre, söz konusu sözleşmelerin TK tarafından mevzuata uygunluk bakımından denetlenmesi ve bu kapsamda TK tarafından mevzuata aykırı bulunan hususların (gerekli düzeltmelerin) işletmecilere tebliğ edilmesi ve tebliği müteakiben 30 gün içerisinde düzeltmelerin işletmeciler tarafından sözleşmelere yansıtılması gerekmektedir.

Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin kapsamına sadece işletmeciler girdiğinden,⁸⁶ mevzuata uygunluk denetimi öngören Yönetmeliğin 19'uncu maddesi de münhasıran işletmeciler bakımından uygulanma kabiliyetini hâizdir. Bu çerçevede, kişisel telekomünikasyon tesisi sahiplerinin yaptığı erişim/arabağlantı sözleşmeleri, söz konusu denetimden geçmemekte; bu sözleşmelerin Kuruma gönderilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.

Erişim ve arabağlantı sözleşmeleri, tarafların sahip olması gereken nitelikler yanında şekil şartı bakımından da BK sisteminden ayrılmaktadır. BK sisteminde 'kullandırma' ve/veya 'iş görme' amacı güden akitler kural olarak herhangi bir şekil şartına tâbi değilken, bu akit türlerine pek çok yönden benzer nitelik taşıyan erişim/arabağlantı sözleşmeleri için aynı kural geçerli değildir. Zira; işletmeciler arasında akdedilen erişim ve/veya arabağlantı sözleşmeleri, 406 sayılı Kanunun 10'uncu maddesi ile Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 19'uncu maddesi hükmü gereği taraflar arasında imzalanması gereken ve dolayısıyla yazılı şekil şartına tâbi olan akitlerdir.⁸⁷

telekomünikasyon altyapısı işleten bir sermaye şirketi" olarak tanımlanmaktadır.

⁸⁴ 406 say. Kanun, md. 4/3.

⁸⁵ Bkz. 62 no'lu dipnot.

⁸⁶ Bkz. Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği, md. 2.

⁸⁷ Ancak; bu yazılı şekil şartı, sözleşmenin taraflar nezdinde hüküm ve sonuç doğurması için kurucu (inşâi) unsur olarak değerlendirilmemelidir. Zira, 406 sayılı Kanunun 10'uncu maddesi ile Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 19'uncu maddesi, bu sözleşmelerin imzalanmış olarak TK'ya sunulmasını âmir ise de; 'yazılı şekil şartı'nın kurulma aşamasında değil, Kuruma sunulma aşamasında arandığı görülmektedir.

Yukarıda zikredilen şartlara uyan işletmeciler, aralarında erişim/arabağlantı sözleşmesi bağtlama konusunda muhayyerdirler (serbesttirler). Ancak, erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin kurulması aşamasındaki anlaşmazlıklara kayıtsız kalmayan Kanun Koyucu arabağlantı sözleşmelerine ilişkin uzlaşmazlıkların çözümü konusunda Kurumu yetkili kılmış ve bu yetkinin nasıl kullanılacağına dair genel esasları belirlemiştir.⁸⁸ Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 'Uzlaşmazlıkların Çözümü' başlıklı 18'inci maddesinde de tüm erişim ve arabağlantı anlaşmazlıkları Kurumun uzlaştırma yetkisi kapsamına dahil edilmiştir. Söz konusu mevzuat hükümleri muvacehesinde; erişim/arabağlantı sözleşmelerinin kurul(a)maması durumunda, TK, anlaşamayan taraflar için sözleşmenin esaslı unsurları da dahil olmak üzere, üzerinde anlaşma tesis edilemeyen hususlarda *bağlayıcı* hüküm, koşul ve ücretleri bizzat belirleme yetkisini haizdir.⁸⁹

Özetle; erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin kurulması aşamasında, üçüncü taraf konumundaki TK'nın bu sözleşmeler üzerinde sahip olduğu bir takım düzenleyici yetkiler bulunmaktadır. Bu kapsamda; erişim/arabağlantı müzakerelerinden sonuç alamayan işletmecilerden herhangi biri tarafından yapılan uzlaştırma başvurusunun değerlendirilmesi/kabul edilmesi, uzlaştırma prosedürünün işletilmesi ve müteakiben bağlayıcı hüküm, koşul ve ücretlerin belirlenmesi, sözleşmelerin kurulması aşamasında TK'nın tarafların iradesine müdahil olmasının yasada öngörülen en somut örnekleridir.

III. Yürütölme Aşaması

406 sayılı Kanunun 10'uncu maddesinin son fıkrası ışığında, erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin sadece kurulması değil, aynı zamanda yürütülmesinin de Kanun Koyucu tarafından düzenlendiği söylenebilir. Söz konusu fıkra,

“... Kurum; bu maddenin uygulanma esaslarını ve standart referans tarifeleri, ara bağlantı ve roaming anlaşmalarının tabi olduğu ayrıntıları gösteren yönetmelikler çıkarır ve standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır”

⁸⁸ 406 say. Kanun, md. 10/4.

⁸⁹ 406 sayılı Kanunun 10'uncu maddesi gereğince, “Bu hüküm, koşul ve ücretler, taraflar aksini kararlaştırmadıkça veya kararlaştırılıncaya kadar geçerli olur” (406 say. Kanun, md. 10/4).

hükümünü ihtiva etmektedir. Bu hükme göre; Kurumun görevi sadece erişim/arabağlantı uzlaşmazlıklarının çözülmesi ve imzalanan sözleşmelerin muhafaza edilmesi ile sınırlı değildir. Anılan Kanun hükmü uyarınca Kurum, arabağlantı ve roaming sözleşmelerinin *telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmamasını sağlayacak tedbirleri almakla yükümlüdür.*⁹⁰ Bu yükümlülük, *kullanıcılar ve Türk Telekomünikasyon sektörünü etkileyen tüm gerçek ve tüzel kişilerin ilgili mevzuata uymasını denetlemeyi*⁹¹ Kurumun görevleri arasında sayan 2813 sayılı Kanunun 7'nci maddesi ve Kurumu, *faaliyetlerin mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı veya genel izin şartlarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye yetkili kılan* 406 sayılı Kanunun 2/f maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, Kurumun işletmeciler arasında imzalanan erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin incelenmesi yoluyla sektör üzerinde bir denetim görevini hâiz olduğunu söylemek mümkündür.

Yukarıda zikredilen kanun hükümlerinde Kuruma tevdi edilen denetim görevinin neleri kapsadığı, bu amaçla Kurumca alınacak tedbirlerin neler olduğu açıklanmamış ise de Kuruma 'mevzuata uygunluk denetimi' görevi yükleyen Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 19'uncu maddesi ile bu belirsizliğin erişim/arabağlantı sözleşmeleri açısından önemli ölçüde ortadan kalktığı görülmektedir. Zira; anılan Yönetmelik maddesinin ilk fıkrasında,⁹² erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin Kuruma sunulmasını müteakip Kurum tarafından *mevzuata aykırı* bulunan hususların, sözleşmenin taraflarınca düzeltilmesi öngörülmektedir. Sözleşmenin kurulmasını müteakiben gerçekleştirilen bu denetim mekanizması, 406 ve 2813 sayılı Kanunların yukarıda zikredilen hükümlerinin uygulanması anlamında önemli bir işlev görmektedir.⁹³

⁹⁰ Söz konusu yükümlülük, aynı zamanda, 2813 sayılı Kanun 7/1 maddesinde Kurumun görevleri arasında zikredilen "*telekomünikasyon hizmetleri ve altyapısı ile ilgili olarak işletmecilerin ... bu hizmet ve faaliyetlerini Türkiye dahilinde tam bir rekabet ortamı içinde gerçekleştirmelerini sağlamak, teşvik edici tedbirleri almak*" görevi kapsamında değerlendirilebilir.

⁹¹ 2813 say. Kanun, md. 7/j.

⁹² Bkz. 62 no'lu dipnot.

⁹³ Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nde öngörülen 'mevzuata uygunluk denetimi', aynı zamanda 2813 sayılı Kanunun 7/j maddesinde Kuruma yüklenen "*işletmeciler, aboneler, kullanıcılar ve Türk telekomünikasyon sektörünü etkileyen tüm gerçek ve tüzel kişilerin ilgili mevzuata uymasını denetlemek*" görevinin ve 406 sayılı Kanunun 2/f maddesinin "*Kurum; ... faaliyetlerin mevzuat ile görev ve imtiyaz sözleşmesi, telekomünikasyon ruhsatı*

Bununla birlikte; yukarıda çerçevesi çizilen mevzuata uygunluk denetiminin nasıl yapılacağı hususunda mer'i mevzuatımızda açıklık bulunmamaktadır. Bu denetimin, 'arabağlantı' ve 'roaming' sözleşmeleri için öngörülen *serbest rekabeti engelleyici sonuçların* giderilmesi amacına mı münhasır kılınacağı tartışmaya açık bir husustur. Zira; Yönetmelik maddesinde, *Kurumun sözleşmelerde mevzuata aykırı bulduğu hususlara yönelik* bir denetimden bahsedilmekte olup, 'mevzuata aykırılık' kavramının rekabet ihlalleri ile sınırlı olduğunu öne sürmek dar ve sınırlayıcı bir yaklaşım olarak görülebilir. Genişletici bir yorum esas alındığında da Yönetmelik maddesinde atıf yapılan mevzuata aykırılığın sınırlarını tayin etmek oldukça zorlaşmaktadır. Mevzuatta, sektörde rekabetin ve/veya tüketici haklarının ihlal edilmesinin hangi koşullarda sübut bulacağına dair belirli şartların öngörülmemiş olması da bu konuda atılacak adımları güçleştirmektedir. Bu gerçekler göz önüne alındığında, işletmecilerin hak ve yükümlülüklerinin belirlenebilmesi açısından, mevzuata uygunluk denetiminin kapsamının daha net biçimde belirlenmesi zaruridir.

Sözleşmelerin düzenleyici bir filtreden geçirilmesi olarak da nitelendirilebilecek bu denetim, sözleşmelerin yürürlüğünü durdurmamakta, sözleşmenin adeta tekemmül etmesine yol açmaktadır.⁹⁴ Uygulamaya bakıldığında da; bu denetim kapsamında öngörülen müdahalenin, Kanunda daha açık ve detaylı kurallar ile düzenlenen uzlaştırma prosedürüne nazaran daha sınırlı olduğu ve sözleşmelerin ücretleri vb esaslı unsurlarına bu kapsamda müdahale edilmediği görülmektedir. Gerek amaç ve kapsamı gerekse sözleşmelerin kurulmasını (izleyen 15 gün içerisinde Kuruma gönderilmesini) müteakip yapılan bir inceleme olduğu da düşünüldüğünde; Yönetmelikteki denetim mekanizmasının, erişim/arabağlantı sözleşmelerinin yürütülmesinden ziyade kurulmasını ilgilendirdiği de öne sürülebilir.

IV. Sona Erme Aşaması

Kurumun erişim/arabağlantı sözleşmeleri üzerindeki yetkileri, sözleşmenin kurulmasına ve/veya yürütülmesine özgü düzenleme araçlarıyla sınırlı değildir. Kamu hizmeti niteliğini hâiz telekomünikasyon hizmetlerinin ifâsını olumsuz etkileyebileceğinden hareketle; erişim hizmetlerinin sınırlandırılması/durdurulması, mer'i mevzuatımızda belirli kriterlere bağlanmıştır. Erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin kurulmasında olduğu gibi sona ermesinde de ana ilke, tarafların serbest iradeleri ile bir sözleşme ilişkisinin

veya genel izin şartlarına uygun yürütülmesini izleme ve denetlemeye ... yetkilidir" hükmünün bir gereği olarak da yorumlanabilir.

⁹⁴ Bkz. ÜNVER, s. 66.

bozulmasıdır. Bununla birlikte, karşılıklı anlaşma yoluyla sağlanan bir erişim/arabağlantı sözleşmesinin sona erdirilmesinde, genel hukuk ilkelerine göre tanzim edilen bir sözleşmeden farklı olarak üçüncü taraf (Kurum) müdahalesi söz konusu olabilmektedir.

Öncelikle; erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin taraflarından biri ya da her ikisinin 'işletmeci' statüsünden çıkması, söz konusu sözleşmelerin 'mevzuata uygunluk denetimi' başta olmak üzere TK'nın pek çok düzenlemesinin dışında kalmasına yol açacaktır. Bu sonuç, işletmecinin *işletmeci olma keyfiyetine göre* aldığı lisansın süresinin sona ermesi, iptali veya askıya alınması şeklinde gerçekleşebileceği gibi genel izin⁹⁵ için aranan özel koşulların ortadan kalktığına tespiti ve kayıttan silme yoluyla da olabilir.

Erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin sona ermesine ilişkin olarak taraf iradelerini kısıtlayan bir diğer husus mevzuatta öngörülen yükümlülüklerdir. Özellikle; kanun düzeyinde bir yükümlülük konusu ihtiva ettiğinden, arabağlantı sözleşmelerinin yükümlü işletmeciler tarafından keyfi biçimde sonlandırıl(a)maması gerekir. Zira, 406 sayılı Kanununun 10'uncu maddesinde çerçevesi çizilen arabağlantı yükümlülüğü, taraflar arasında imzalanan sözleşmeler vasıtasıyla ifa edildiğinden, bu sözleşmelerin yürütülmesi ile arabağlantı yükümlülüğü arasında organik ve fonksiyonel bir ilişki mevcuttur.

Bunun yanında, erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin sona ermesine ya da erişimin sınırlandırılmasına dair genel bir düzenleyici hükme 406 ve 2813 sayılı Kanunlarda yer verilmediği görülmektedir. Ancak; Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin 7/2'nci maddesi buna bir istisna teşkil etmekte olup, söz konusu madde uyarınca yükümlülük çerçevesinde sunulan erişim hizmetlerinin sınırlandırılması Kurumun onayına tâbidir.⁹⁶ Dolayısıyla, bu tür durumlarda tarafların serbest iradeleriyle alacakları bir karar, mevcut bir erişim/arabağlantı sözleşmesinin feshi, askıya alınması, iptali ya da kısmen veya tamamen durdurulması için yeterli değildir. Bir başka ifadeyle, *yükümlülük kapsamındaki erişim/arabağlantı hizmetlerini sınırlandıracağından ötürü* sözleşmenin

⁹⁵ 406 sayılı Kanununun 1'inci maddesinde, 'genel izin', "*Bir telekomünikasyon hizmetinin yürütülmesi için, Bakanlık tarafından işletmecileri belli genel şartlara ve Bakanlık nezdinde kayıt yaptırılmasına tabi olarak yetkilendiren genel düzenleyici işlem*" olarak tanımlanmıştır (406 say. Kanun, md. 1).

⁹⁶ Anılan fıkraya göre; bir işletmeci objektif kriterler ışığında, (i) şebeke işletim güvenliğinin, (ii) şebeke bütünlüğünün veya (iii) veri güvenliğinin sağlanamadığını ya da (iv) şebekelerin karşılıklı işletilebilirliğinin (çalışabilirliğinin) gerçekleşmediğini kanıtlamak ve *Kurumun onayını almak kaydıyla* erişimi sınırlandırabilecektir.

feshi/sona erdirilmesine yönelik bir işlem, Kurumun bilgisi ve onayı olmaksızın gerçekleştirilemeyecektir.

6. ELEKTRONİK HABERLEŞME KANUNU TASARISI İLE GETİRİLEN YENİLİKLER VE TASARIYA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

Yürürlükteki kanunlarda tarifi yapılmış sözleşmeler arasında yer almayan erişim/arabağlantı sözleşmeleri, genel hukuk ilkelerinin yanında özel kanunî düzenlemelere tâbi kılınmıştır. Mer'i mevzuatımızda, kamusal nitelikli telekomünikasyon hizmetlerinin sunulması için kritik önem taşımasından dolayı idarenin bu sözleşmeler üzerinde denetim ve düzenleme yetkisi oldukça belirgindir. Söz konusu genel düzenleme yetkisinin kaynağı olan 406 ve 2813 sayılı Kanunlarda 'arabağlantı' ve 'roaming' dışındaki erişim türleri düzenlenmemiş olup, bu durum hukuksal anlamda bazı sorunlara yol açmaktadır.⁹⁷ 406 sayılı Kanunda tanımlanan 'telekomünikasyon altyapısı işletimi' kavramının 'erişim' kavramını içine alacak içeriğe sahip olması da söz konusu sorunların giderilmesi için yeterli değildir. Halihazırda öngörülemeyen erişim türlerinin ve akit tiplerinin düzenlenmesi bakımından yeterli hukuksal güvenceyi sağlayan kanunî düzenlemelerin varlığı şarttır.

406 ve 2813 sayılı Kanunların yerine geçmek üzere hazırlanan EHKT 05.01.2006 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Genel Kurulu'na sevk edilmesi,⁹⁸ bu anlamda çok önemli bir gelişmedir.⁹⁹ Zira; EHKT, her türlü erişim hizmetini içine alacak düzenlemeler içeren ve elektronik haberleşme hizmetlerinin yürütülmesi açısından önemli yenilikler getiren bir kanun tasarısıdır. Söz konusu Kanun Tasarısı, 2002'de yürürlüğe giren AB Düzenleyici Paketi ile uyumlu olarak, yakınsayan şebeke ve hizmetleri aynı çatı altında toplamış ve tek bir sektör ('elektronik haberleşme sektörü')¹⁰⁰ olarak ele almıştır.

⁹⁷ Bkz. ÜNVER, 2005, s. 246-247.

⁹⁸ Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi, GELEN KAĞITLAR, 5 Ocak 2006 Perşembe, <http://www.tbmm.gov.tr/gelenkagit/d022/yil04gk/gk.61.htm>. Kanun Tasarısının tam metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1120.pdf>

⁹⁹ Ne var ki; söz konusu Tasarı Genel Kurul gündeminden Komisyona geri çekilmiş olup, halihazırda Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu'nda beklemektedir. http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_gd.sorgu_baslangic.

¹⁰⁰ EHKT'de yer verilen 'elektronik haberleşme sektörü' tanımını için bkz. 4 no'lu dipnot.

Açıklanan nedenler ışığında önemli bir boşluğu dolduracak olan EHKT, yürürlükteki kanunlarda tanımlanmayan ‘erişim’in tanım ve kapsamına yer vermekte, ayrıca erişim hizmetlerinin sunulmasına, sınırlandırılmasına, ücretlendirilmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler ihtiva etmektedir. Bu düzenleyici hükümler, halihazırda pek çoğu itibariyle Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nde yer alsa da yürürlükteki kanunlarda ifadesini bul(a)madığı için yeterli hukuksal güvenceden yoksundur. EHKT kapsamındaki söz konusu hükümler, sırasıyla ‘Erişimin Kapsamı’ (md. 15); ‘Erişim Yükümlülüğü’ (md. 16); ‘Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı’ (md. 17); ‘Erişim Anlaşmaları ve Uzlaşmazlıkların Çözümü’ (md. 18); ‘Referans Erişim Teklifi’ (md. 19); ‘Erişim Tarifeleri’ (md. 20) ve ‘Hesap Ayrımı ve Maliyet Muhasebesi’ (md. 21) olacak şekilde düzenlenmiştir.

Yürürlükteki kanunlara nazaran Kuruma daha geniş yetkiler veren EHKT’nin yürürlüğe girmesi ile, erişim ve arabağlantı alanında kanunda ifade edilmemiş olan pek çok düzenlemeye kanun gücü kazandırılacaktır. Bunlardan en önemlisi, Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nin 19’uncu maddesinde düzenlenen ve EHKT’de da yer verilen ‘mevzuata uygunluk denetimi’dir. Ayrıca, erişimin sınırlandırılmasında ve yükümlülüklerin getirilmesinde takip edilecek yol, erişim hizmetlerinin ücretlendirilmesinde farklılaştırılmış çözüm yöntemlerine imkân tanınması gibi konularda anılan Yönetmelikteki tedbirler genel olarak muhafaza edilerek EHKT’ye taşınmıştır. EHKT’nin pek çok maddesinde dikkate çeken husus, her olayın kendine özgü nitelikleri dikkate alınarak daha esnek çözümler ortaya konulabilmesi amacıyla Kuruma tanınan geniş bir takdir yetkisi tanınmasıdır.¹⁰¹

EHKT’de erişimin kapsamı (md. 15), erişim yükümlülüklerinin getirilmesi ve erişim sözleşmelerinin uygulanmasında dikkat edilecek hususlar (md. 16) ve tarafların anlaşamaması durumunda izlenecek yöntemler ve alınacak tedbirler (md. 18) hakkında mevcut duruma nazaran daha kapsamlı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu çerçevede, ilk kez bir sözleşmenin kurulması aşamasında yaşanan anlaşmazlıkların yanında mevcut sözleşmelerde yaşanan

¹⁰¹ Erişimin kapsamının yürürlükteki kanunlarda zikredilmeyen bazı yöntemleri de içerecek şekilde genişletilmesi (md. 15/1), tesis paylaşımı ve ortak yerleşim ücretlerinin hesaplanmasında maliyetlerin yanında ‘uluslararası uygulamalar’ ve ‘rayiç bedel’e başvurulabilmesi (md. 17), ‘maliyet esaslı’ ücretlendirmenin (md. 20) EPG’ye sahip işletmeciler için zorunluluk olmaktan çıkarılması ve alternatif ücretlendirme yöntemlerine imkân tanınması, bahse konu takdir yetkisine örnek gösterilebilir.

anlaşmazlıkların da Kurumun uzlaştırma yetkisine dahil edilmesi önemli bir yenilik olarak göze çarpmaktadır.¹⁰²

Ayrıca, halihazırda bağlayıcı olmayan referans erişim/arabağlantı tekliflerinin kurulacak sözleşmeler açısından ‘bağlayıcı’ sayılması, EHKT ile getirilmek istenilen bir diğer yeniliktir.¹⁰³ Referans erişim/arabağlantı teklifleri, piyasaya girmek isteyen işletmecilerin önünü görmesi, şeffaflığın ve ayırım gözetmemenin sağlanması, Kurum düzenlemelerinin hayata geçirilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu denli önemli bir hukuksal aracın halihazırda bağlayıcılıktan yoksun oluşu mevzuatımız adına bir eksiklik olup, EHKT’nin yasalaşması ile bu eksiklik giderilmiş olacaktır.

EHKT’de yapılan sözkonusu düzenlemeler incelendiğinde; Kurumun sektör üzerindeki denetim ve düzenleme yetkisinin artırıldığı görülmektedir. Ancak; teknolojik gelişmelere paralel olarak gelişen ve farklılaşan sözleşme ilişkilerinin katı denetim ve düzenlemelere tâbi tutulması, şebekeler ve hizmetler arasındaki yakınsamadan ve serbestleşmeden beklenen faydalara ulaşılması bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Bu itibarla; Kurumun, EHKT’nin yürürlüğe girmesi ile kendisine verilecek takdir yetkisini *sorunun özüne inen, ölçülü ve makûl* tedbirlere başvurmak suretiyle kullanması, elektronik haberleşme hizmetlerinin geleceği ve sektördeki rekabetçi gelişmeler açısından büyük önem taşımaktadır. Bu durum, erişim ve arabağlantı sözleşmelerine taraf olan işletmecilerin öngörülemez şekilde düzenleyici müdahalelere maruz bırakılmaması ve hukukî belirliliğin sağlanması bakımından da son derece önemlidir.

7. SONUÇ

Elektronik haberleşme sektörü, ‘serbestleşme’nin ve şebekeler ve hizmetler arasındaki ‘yakınsama’nın da etkisiyle kablo platform şebekesi üzerinden telefon (*cable telephone*), uydu sistemleri üzerinden internet (*wireless internet*) ve internet protokolü üzerinden sesli telefon (*voice over IP*) hizmetleri

¹⁰² EHKT’nin 18’nci maddesinin ilk fıkrası, “*Taraflar arasında erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma tesis edilememesi veya mevcut erişim sözleşmesinde bu Kanun kapsamında herhangi bir anlaşmazlık vuku bulması halinde Kurum, taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine, belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletmeye ve/veya geçici ücretin belirlenmesi de dahil olmak üzere, kamu menfaati açısından gerekli gördüğü diğer tedbirleri almaya veya uzlaştırma talebini reddetmeye yetkilidir*” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁰³ EHKT’nin 19’uncu maddesinin 3’üncü fıkrası, “*İşletmeciler, Kurum tarafından onaylanan veya değiştirilerek onaylanan referans erişim tekliflerini yayımlamakla ve Kurum tarafından onaylanan referans erişim tekliflerindeki şartlarla erişim sağlamakla yükümlüdürler*” şeklinde düzenlenmiştir.

gibi yeni ürünlerin gelişimine sahne olmakta; bu durum da yeni sözleşme ilişkilerinin hızlı bir şekilde gelişmesini sağlamaktadır. Elektronik haberleşme sektöründe sunulan hizmetlerin hukukî ve teknik altyapısını işletmeciler arasında yapılan erişim ve arabağlantı sözleşmeleri oluşturmaktadır. Bu sözleşmeler, altyapı olanakları ve/veya kapsama alanı kısıtlı olan ya da müşteri kitlesini/faaliyet alanını genişletmek artırmak isteyen işletmecilerin diğer (özellikle yerleşik) işletmecilerin altyapı ve/veya hizmetlerinden belirli bir bedel karşılığında yararlanmalarını konu alan akitlerdir.

‘Erişim’ ve ‘arabağlantı’nın tanımlarına AB ve Türk mevzuatında yer verilmekle birlikte, erişim ve arabağlantı hizmetlerinin sunumunu konu alan erişim/arabağlantı sözleşmelerine ilişkin detaylı düzenlemelere ne mer’i mevzuatımızda ne de ilgili Topluluk Direktiflerinde rastlamak mümkün değildir. İlgili AB mevzuatını oluşturan 97/33/EC sayılı Arabağlantı Direktifi, 2881/2000 Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişim Hakkında Tüzük ve 2002/19/EC sayılı Erişim Direktifi incelendiğinde genel olarak, AB Kurumlarının her türlü erişimi değil, herkesin herkesle iletişim kurması için gerekli erişim araçlarını ve bu kapsamda şebekeler arası arabağlantıyı kamusal bir perspektifle ele aldığı görülmektedir. Bu bakış açısının en önemli göstergesi, söz konusu Tüzük ve Direktiflerde farklı erişim türleri için farklı rejimlerin öngörülmesi ve düzenleyici müdahale şartlarının farklılaştırılmasıdır.¹⁰⁴

Ülkemizde de 4502 sayılı Kanunla değişik 406 sayılı Kanunun 10’uncu maddesinde, hangi işletmecilerin ‘arabağlantı’ yükümlüsü olduğu, arabağlantı yükümlülüğünün tâbi olduğu ilke ve esaslar, arabağlantı anlaşmazlıklarının çözümünde TK’nın sahip olduğu yetkiler düzenlenmiş ve Kurumun arabağlantı ve roaming sözleşmelerinin *telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmamasını* sağlayacak tedbirleri almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Konuya ilişkin genel ve detaylı düzenlemeler içeren Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği’nde, ‘erişim’in kapsamına giren pek çok hususta (ayrıştırma, arabağlantı, ortak yerleşim, tesis paylaşımı, taşıyıcı seçimi, vs.) muhtelif yükümlülükler öngörülmüş,¹⁰⁵ ayrıca EPG’ye sahip işletmecilerin erişim ücretlerini maliyet

¹⁰⁴ Bu farklılaştırmaya, Arabağlantı Direktifi’nin 9’uncu maddesi ile Erişim Direktifi’nin 5’nci maddesi örnek gösterilebilir. Bkz. “3. AB Mevzuatında Erişim ve Arabağlantı Alanındaki Düzenlemeler”.

¹⁰⁵ Yönetmelikte düzenlenen ‘ortak yerleşim ve tesis paylaşımı’ ile ‘ayrıştırma’ (‘yerel ağa ayrıştırılmış erişim’) yükümlülüklerinin uygulanma usûl ve esasları ayrı birer Tebliğ (Ortak Yerleşim ve Tesis Paylaşımı Usul ve Esaslarına İlişkin Tebliğ, RG 31.12.2003/26333; Yerel Ağa Ayrıştırılmış Erişime İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Tebliğ, RG 20.07.2004/25528) ile belirlenmiştir.

esaslı belirlemekle (md. 11), hesap ayrımı yapmakla ve gelir, gider ve maliyetlerini düzenli olarak tablolar halinde Kuruma sunmakla (md. 12) yükümlü kılınabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Erişim ve arabağlantı sözleşmelerine ilişkin Yönetmelikteki en önemli iki düzenleme 18 ve 19'uncu maddelerdir. Yönetmeliğin 18'inci maddesinde erişim ve arabağlantıya ilişkin uzlaşmazlıkların çözümünde uygulanacak ilke ve kurallar; 19'uncu maddede ise erişim/arabağlantı sözleşmelerinin Kuruma gönderilmesini müteakip yapılacak 'mevzuata uygunluk denetimi'ne yer verilmiştir. Söz konusu Yönetmelik maddeleri, Kurumun erişim ve arabağlantı sözleşmelerine 'uzlaşmazlıkların çözümü' ve 'mevzuata uygunluk denetimi' kapsamında müdahale edebileceğini ortaya koymaktadır. Bu müdahale araçlarının dışında, Kurum tarafından getirilecek yükümlülüklerin de yükümlü işletmecilerin taraf olacağı sözleşme ilişkilerini dolaylı olarak etkileyeceği açıktır.

Yerleşik işletmecilerin taraf olduğu sözleşme şartlarını keyfî ve mevzuata aykırı şekilde belirlemesini engelleyici nitelikteki söz konusu düzenlemeler serbestleşme sürecinde önemli birer fonksiyon ifa etmişlerdir. Ayrıca; erişim ve arabağlantı alanındaki mer'î mevzuatımız AB mevzuatı ile büyük ölçüde uyumluluk arz etmektedir. Erişim yükümlülüklerinin sınırlandırılmasına, müzakere hak ve yükümlülüğüne, düzenleyici otoritelere bırakılan takdir yetkisinin kullanılma keyfiyetine ilişkin bazı hükümlerde AB mevzuatına aykırılıklar görülse de bunlar mevzuat uyumunda ve uygulamada ciddi sorun oluşturacak bir nitelik taşımamaktadır. Zira; AB sisteminin özünü oluşturan 'orantılı müdahale' ilkesinin ve piyasa analizi yapılmasının ardından (kural olarak EPG'ye sahip) işletmecilere yükümlülük getirilmesi kuralının mer'î mevzuatımızda benimsendiği görülmektedir.

TK'nın erişim/arabağlantı sözleşmeleri üzerinde sahip olduğu düzenleme ve denetleme yetkilerinin bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi niteliğini değiştirmediği, ancak sözleşme özgürlüğünü kısıtladığını söylemek mümkündür. Diğer taraftan, söz konusu yetkilerin, 05.01.2006 tarihinde TBMM Genel Kurulu'na sevk edilmiş olan EHKT'nin yürürlüğe girmesi ile daha da genişlemesi söz konusudur. Söz konusu Kanun Tasarısının yasallaşması halinde, TK'ya geniş yetkilerin verilmesi yanında, 'erişim' başta olmak üzere pek çok kavramın ve düzenlemenin kanun düzeyinde benimsenmesi söz konusu olacak; erişim ve arabağlantı sözleşmelerinin mevzuatımızdaki yeri daha sağlam ve belirgin hale gelecek; ülkemiz adına AB yolunda önemli bir adım atılmış olacaktır. Sadece AB mevzuatına uyum değil sektör dinamikleri açısından da EHKT'de öngörülen düzenlemeler önemli birer kilometre taşı niteliğindedir. Ancak; EHKT'de Kurum lehine öngörülen esnek ve geniş yetkilerin 'ölçülülük' ilkesine aykırı kullanılması durumunda da serbestleşme ve yakınsama sürecini

bir arada yaşayan ülkemiz ‘elektronik haberleşme sektörü’nün ve AB mevzuatına uyum sürecinin olumsuz etkilenmesi de söz konusu olabilecektir. Bu tür olumsuzlukların önüne geçilmesi için, TK tarafından alınacak tedbirlerin her pazarın kendine özgü nitelikleri dikkate alınarak ‘şeffaflık’ ve ‘ölçülülük’ kriterlerine uygun biçimde belirlenmesi, erişim/arabağlantı sözleşmelerinin yürütülmesinde hukukî belirliliğin sağlanması ve sektörün geleceği açısından büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

ANGEL John ve WALDEN Ian, 2005, Telecommunications Law and Regulation, Oxford University Press, 2. baskı, New York, 2005.

CAVE Martin, MAJUMDAR Sumit K. ve VOGELSANG Ingo, 2002, Handbook of Telecommunications Economics, Elsevier Science B. V., Amsterdam, 2002.

Commission Recommendation of 25 May 2000 on unbundled access to the local loop: enabling the competitive provision of a full range of electronic communications services including broadband multimedia and high-speed Internet, C(2000)1059, OJ L 156/44, http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/comgreen/index_en.htm

Commission Staff Working Document Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, European Electronic Communications Regulation and Markets, 2006 (12th Report), COM(2007)155, 29.03.2007, Brüksel, Volume 1, http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/library/annualreports/12threport/sec_2007_403.pdf, (12. Uygulama Raporu)

ÇÖL Muhterem, 2004, Genişbant Telekomünikasyon Pazarı ve Türkiye İncelemesi, Telekomünikasyon Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara.

Directive 2002/19/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, (Access Directive) http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/documents/l_10820020424en00070020.pdf, (Erişim Direktifi)

Directive (EC) 2002/22/EC of the European Parliament and of the Council on universal service and users’ rights relating to electronic communications

networks and services (Universal Service Directive)
http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/index_en.htm#reg, (Evrensel Hizmet Direktifi)

Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services [2002] OJL108/33 (Framework Directive), http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/index_en.htm#reg, (Çerçeve Direktifi)

Directive 97/33/EC of the European Parliament and of the Council on interconnection in telecommunications with regard to ensuring universal service and interoperability through application of the principles of Open Network Provision (ONP), [1997] OJ L199/32, http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/98_regp_ack/index_en.htm (Arabağlantı Direktifi).

FAULHABER, Gerald, R., 2002, Access not = Access₁ + Access₂, Law Review of Michigan State University Detroit College of Law, Third Annual Quello Communication Policy and Law Symposium, s. 677-708, 2002.

Green Paper on the Convergence of the Telecommunications, Media, and Information Technology Sectors, and the Implications for Regulation Towards an Information Society, COM(97) 623, <http://europa.eu.int/ISPO/convergencegp/97623en.doc>

Green Paper (Towards a Dynamic European Economy: Green Paper on the development of a Common Market for Telecommunications Services and Equipment), COM(87)290, http://aei.pitt.edu/archive/00001159/01-/telecom_services_gp_COM_87_290.pdf

HOLM Jonas, 2000, Regulating Network Access Prices under Uncertainty and Increasing Competition: The Case of Telecommunications and Local Loop Unbundling in the EU, Y. Lisans Tezi, University of Copenhagen, Institute of Economics, Kopenhag.

ITU (International Telecommunications Union), 2001, Trends in Telecommunication Reform 2000-2001: Interconnection Regulation, 3. Baskı, Cenevre, 2001

NICOLINAKOS, Nikos, 2000, The New Legal Framework for Digital Gateways-The Complementary Nature of Competition Law and Sector-Specific Regulation, European Competition Law Review, No: 9, s. 408-414, 2000.

NIHOUL Paul L. ve RODFORD Peter B., 2004, EU Electronic Communications Law: Competition and Regulation in European Telecommunications Market, Oxford University Press, New York, 2004 (NIHOUL ve RODFORD).

Notice on Application of Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector - Framework, Relevant Markets and Principles [1998] OJ C265/2 http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/oj/1998/c_265-/c_26519980822en00020028.pdf

OĞUZMAN Kemal ve ÖZ Turgut, 2005, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005.

Regulation of the European Parliament and Council (EC) 2887/2000 on unbundled access to the local loop, [2000] OJL 336/4, http://www.europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/index_en.htm#reg, (2887/2000 sayılı Tüzük).

ROSENTHAL, Michael, 2003, Open Access from the EU Perspective, International Journal of Communications Law and Policy, Issue 7, 2003, Winter 2002/2003, http://www.ijclp.org/7_2003/pdf/rosenthal-artikel-ijclp.pdf

SARI Arif Ogün, 2004, Rekabet Kuralları Işığında Erişim ve Arabağlantı Anlaşmaları ve Sanal Mobil Ağ Operatörlüğü, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, Ankara, 2004, <http://www.rekabet.gov.tr/word/tezler/ogun.doc>

SAUTER, Wolf, 1988, EU Regulation for the Convergence of Media, Telecommunications and Information Technology: Arguments for a Constitutional Approach, ZENTRUM Für Europäische Rechtspolitik, ZERP-Diskussionspapier, 1/98, www.zerp.unibremen.de/english/pdf/DPI_1998.pdf

ULUSOY Ali, 2002, Telekomünikasyon Hukuku, Ankara, 2002.

ULUSOY Ali, 2002, Telekomünikasyon Alanındaki Ara Bağlantı (Şebekeler Arası İrtibat ve İşbirliği) Sözleşmelerinin Hukuksal Niteliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 50, Sayı 2, s. 147-158, 2002.

ÜNVER Mehmet Bilal, 2005, Telekomünikasyon Sektöründe Erişim Sorunlarının Hukuksal Analizi ve Türkiye için Çözüm Önerileri,

Telekomünikasyon Kurumu, Uzmanlık Tezi, Ankara,
http://www.tk.gov.tr/Yayin/Uzmanlik_Tezleri/tktezler/bilal_unver_tez.pdf

ÜNVER Mehmet Bilal, 2004, Essential Facilities Doctrine Under EC Competition Law and Particular Implications of the Doctrine for Telecommunications Sectors in EU and Turkey (ODTÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Çalışmaları ABD, Y. Lisans Tezi), Ankara, <http://etd.lib.metu.edu.tr/upload/12605496/index.pdf>

Makaleler

Kamu Hukuku

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA TÜRKİYE'DE İŞKENCE VE İNSANLIK DIŞI MUAMELE

Yrd. Doç. Dr. Sabahattin NAL*

ÖZET

Uluslararası toplum tarafından insan haklarının iğrenç ve yüz kızartıcı ihlali olarak kabul edilmesine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS, Sözleşme) de dahil tüm insan hakları sözleşmelerince yasaklanmasına karşın işkence ve insanlık dışı muamele birçok ülke tarafından ihlal edilmeye devam etmektedir. Söz konusu ihlal açısından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM, Mahkeme) kararlarının da ortaya koyduğu gibi, Türkiye'nin dikkat çekici ülkeler arasında yer aldığı söylenebilir. Çalışmanın amacı, Mahkeme'nin Türkiye'ye karşı vermiş olduğu bu kararları esas alarak, ne tür muamelelerin işkence ve insanlık dışı muamele olarak anlaşıldığını, tanımlandığını ortaya koymak ve bunları açıklığa kavuşturmaktır. Konuyu sınırlandırmak amacıyla çalışmada, yalnızca, Sözleşme'nin 3. maddesinin devletlere yüklediği üç tür yükümlülükten biri olan kötü muamele yapma yasağı (negatif yükümlülük) üzerinde durulmuştur. Devletlerin bireylerin adı geçen maddeyle yasaklanan eylem ve davranışların mağduru olmasını önlemek için önlemler alma yükümlülüğü (pozitif yükümlülük) ile devletin genel koruma yükümlülüğüne bağlı olarak kötü muameleleri etkili bir biçimde soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğü üzerinde durulmamıştır. Mahkeme'nin çok sayıda kararında Türkiye'nin işkence ve insanlık dışı muamele yasağını ihlal ettiğine hükmetmesi üzerine, bu ihlalleri önlemek amacıyla mevzuatta köklü değişiklikler yapılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: İşkence, insanlık dışı muamele, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

TORTURE AND INHUMAN TREATMENT IN TURKEY IN THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

International community regards torture and inhuman treatment disgusting and embarrassing. These kinds of acts are also prohibited by all international conventions on human rights including European Convention on

* Yrd.Doç.Dr. Mustafa Kemal Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi.

Human Rights. However many countries still torture their citizens and treat them inhumanly. As illustrated by the content and number of the decisions of the European Court of Human Rights, Turkey has a particularly negative record in regard to cases of torture and inhuman treatment. This study aims to clarify what kinds of treatments are regarded and defined as torture and inhuman treatment. In order to do that, this study analyses the decisions of the European Court of Human Rights about Turkey since 1990s. In order to limitate the subject in this study, specially focused on the negative obligation of the contracting states. The study concludes that there have been considerable number of applications in this period, especially, as a result of terrorism in Turkey and the court has decided that torture and inhuman treatment occurred in many of these cases.

Key Words: Torture, inhuman treatment, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights.

GİRİŞ

En yaygın ve ağır insan hakları ihlalleri olarak kabul edilen işkence ve insanlık dışı muamele, neredeyse insanlık tarihi kadar eskidir. Başka nedenleri olsa da, işkencenin ve diğer kötü muamelelerin temelinde suçu ikrar ettirme veya cezalandırma amacının yattığı söylenebilir. Örneğin eski Yunan’da kölelerin sanık veya tanık olarak ifadelerinin hukuksal delil niteliğinde kabul edilebilmesi için işkence sonucu alınmış olması aranmaktaydı. Roma’da ise tersi bir yaklaşım benimsenmişti. Bir başka anlatımla Roma’da işkence altında alınan ifadeler geçerli kabul edilmemekteydi. Ancak zaman içerisinde bu kural değişmeye başlamıştır. Hatta İmparator Tiberius döneminde ve sonraki iki yüz yıl boyunca devlete karşı işlenen suçlarda özgür kişilere bile işkence uygulanmıştır. Örneğin İmparator Marcus ve Verus (MS. 161-169) zamanında özgür vatandaşlar üst ve alt sınıf olarak sınıflandırılmış, alt sınıf mensupları kalpazanlık suçlarında statü farkı gözetilmeksizin işkenceye tabi tutulmuşlardır.¹ Bu dönemde işkencenin ceza soruşturmasının ve kovuşturmasının doğal bir parçası haline geldiği söylenebilir.²

Ortaçağ’da kilise hukuku başlangıçta işkenceyi kabul etmemiş; hatta Papa III. Innocent 1215 yılında işkenceye karşı olduğunu açıklamıştır. Ancak Papa IV. Innocent 1252’de çıkardığı “Ad Extirpanda” isimli kararnameyle,

¹ DEMİRBAŞ, Timur, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s. 11.

² İşkencenin ispatlanması konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. LANGBEIN, John H. **Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime**, University of Chicago Pres, 1977.

itirafa zorlamak amacıyla yapılacak işkenceyi serbest bırakmıştır.³ Kilise daha sonra da Engizisyon uygulamasını geliştirerek suçunu itiraf etmeyen sanıklara Engizisyon mahkemesi kararıyla bedensel acılar uygulanmak suretiyle itiraf elde edilmesi yolunu meşru hale getirmiştir.⁴

Kilise hukukundaki bu uygulama, ceza hukukunda “tahkik sistemi” olarak bilinen bir sistemi ortaya çıkarmış ve XIII. Yüzyıldan itibaren laik mahkemeler tarafından da uygulanmaya başlamıştır. Adı geçen sistemde ikrar en önemli delil sayıldığından, itiraf olmadan hüküm vermek neredeyse olanaksızdı. Böylece itiraf elde etme yöntemi olarak kullanılmaya başlanan işkence, ülkeden ülkeye farklı yöntemlerle yaklaşık olarak beş yüz yıl boyunca Avrupa ülkelerinde uygulanmıştır. Örneğin Fransa’da XIV. Louis tarafından kabul edilen 1670 tarihli “Büyük Emirname” ile hazırlık soruşturmasında işkenceye başvurulabilmesi için işlenen fiilin ölüm cezasını gerektirmesi ve ayrıca suçu sanığın işlediği yolunda kuvvetli delillerin bulunması aranmıştır. Adı geçen emirnamede idam kararı verilmesinden sonra da, suça iştirak edenleri ele vermesi için idam mahkûmuna uygulanacak “ön işkence”nin koşulları düzenlenmişti.⁵ Almanya’da ise Ortaçağ’ın ikinci yarısında itham sisteminden tahkik sistemine geçilmeye başlanmış ve ikrar elde etmek için işkenceye başvurulması meşru hale gelmiştir. İşkencenin uygulanıp uygulanmamasına hem itham eden hem hüküm veren konumunda olan yargıç karar vermekteydi. 1532 tarihli “Constitutio Criminalis Carolina” adlı yasayla ikrar için işkenceye başvurulmasının koşulları ayrıntılı bir biçimde düzenlenmişti.⁶

İşkence uygulamasına 18. Yüzyıldan itibaren kimi Avrupa ülkelerinde son verilmeye başlanmıştır. Bu çerçevede 1734’te işkenceyi kaldıran ilk ülke İsveç olmuştur. İşkence Prusya’da 1740’ta kısmen, 1756’da tamamen kaldırılmıştır.⁷ Fransa’da hazırlık işkencesi 1780’de, ön işkence 1788’de yasaklanmış, kazığa bağlanma 1789’da kaldırılmış ve suçun herkesin önünde itiraf edilmesi uygulaması 1791 yılında kaldırılmışken bir süre sonra geri

³ DEMİRBAŞ, Timur, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s. 9-10.

⁴ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 27.

⁵ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin, Ankara 2002, s. 522-523.

⁶ ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin, Ankara 2002, s. 523-524.

⁷ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 14-15.

dönülen bu uygulamaya 1830’da son verilmiştir. İngiltere’de resmi işkence uygulaması 1837’de sona erdirilmiştir.⁸ Diğer ülkelere de yansıyan bu gelişmeler daha sonra işkencenin suç olarak düzenlenmesiyle sürmüştür. Bu bağlamda ilk olarak 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu’nun 319. maddesinde zorla ifade alma suçu düzenlenmiştir. 1869 tarihli İsviçre Zürih Kantonu Anayasası’nın 7/3 maddesiyle “itirafa ulaşmak için hiçbir şekilde zor kullanılmayacağı” hükmü getirilmiştir.⁹

Süreç içerisinde Avrupa dışındaki kimi ülkelerde de örneğin 1799’da Seylan’da, 1873’te Japonya’da işkence yasaklanmıştır.¹⁰

Ulusal bildirgelerde de işkenceye karşı hükümler yer almıştır. Örneğin 1776 tarihli Virginia Hakları Bildirgesi’nin 8. maddesinde, hiç kimsenin kendisine karşı kanıt göstermeye zorlanamayacağı; 9. maddesinde zulüm sayılacak, alışılmamış cezaların verilemeyeceği; 10. maddesinde keyfi tutuklamanın insana acı veren bir uygulama olduğu yer almıştır. 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi’nin 5. maddesinde hiç kimsenin yasanın emretmediği bir şeyi yapmaya zorlanamayacağı; 7. maddesinde yasa dışı emir veren ve uygulayanların cezalandırılmasının gerektiği ve 9. maddede ise tutuklu için gerekli olmayan her türlü şiddetin önlenmesi gerektiği hükümleri yer almıştır.

İslam hukukuna bakıldığında, ikrar geçerli bir delil olmakla birlikte zorla itiraf elde etmenin yasak olduğu kabul edilmektedir. Buna karşın kimi İslam hukukçularına göre, hırsızlık ve benzeri bir kısım suçların soruşturulmasında zorla itiraf alınabileceği yolunda görüşler bulunmaktadır. 11 Bununla birlikte İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından bu görüş kabul

⁸ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 35-36.

⁹ ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 37.

¹⁰ SCOTT, Ryley George, **İşkence Tarihi**, (Çev. Hamide Koyukan), Ankara, 2003, Dost Kitabevi Yayınları 2003, s. 122-127 ve 148; DAVIDSON, Lawrence, **Torture in Our Time**, <http://www.logosjournal.com> (Erişim tarihi: 15.05.2007); yine aynı konuda bkz. MANNIX, Daniel P. **The History of Torture**, Sutton Publishing, 2003; KERRIGAN, Michael, **The Instruments of Torture**, The Lyons Pres, 2001; KELLAWAY, Jean, **The History of Torture and Execution: From Early Civilization through Medieval Times to the Present**, The Lyons Pres, 2002; LYONS, Lewis, **The History of Punishment**, The Lyons Pres, 2003.

¹¹ ALVANI, Taha C. “İslam’da Sanık Hakları”, **İslami Sosyal Bilimler Dergisi**, C.3, 1995, S.2, s. 88.

edilmemektedir. Ayrıca İslam hukuku uygulamasında işkencenin hukukileşmediği görüşü yaygındır.¹² Nitekim Osmanlı hukuku bakımından verilen bir örnekte, Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin bir fetvasında zabıta görevlilerinin zor kullanarak itiraf almalarının hukuka uygun olmadığı belirtilmiştir.¹³ 1808 tarihli Sened-i İttifak'ın 7. maddesinde, 1839 tarihli Tanzimat ve 1856 tarihli Islahat Fermanlarında eziyet ve işkence yasaklanmıştır. 1858 (1274) tarihli Ceza Kanunname-i Humayunu'nun 103. maddesinde de özel olarak, "suçların itirafı için işkence edenlerin" cezalandırılacağı belirtilmiştir.¹⁴ Bu hüküm 1926 tarihli TCK'nin 243. maddesine kaynak oluşturmuştur. Yine 1876 tarihli Kanun-u Esasi'nin 26. maddesinde "İşkence ve sair her nevi eziyet katiyyen ve külliyyen memnudur." hükmü yer almıştır. 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun 73. maddesinde de "işkence yasaktır" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. İşkence ve diğer kötü muamele yasakları 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddenin 3. fıkrasında, kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı; kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı kesin bir ifadeyle belirtilmiştir. Bu hakkın sınırlanması da olanaklı değildir. Anayasal düzenlemenin evrensel standartlara uygun olduğu söylenebilir. Anayasa adı geçen muamelelerin engellenmesi için de hükümler getirmiştir. Bunların başında tutukluluk ve gözaltı işlemlerini düzenleyen 19. madde gelmektedir. Adı geçen maddede öncelikle yakalanan

¹² ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 42; DEMİRBAŞ, Timur, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s. 17.

¹³ DÜZDAĞ, M.E. **Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı**, Enderun Kitabevi, İstanbul 1983, s. 138. Fakat uygulamada işkenceye başvurulduğuna ilişkin örneklerin de olduğu ve kimi hukukçularca özellikle hırsızın çaldığı malı geri vermesi için baskı yapılabileceğinin kabul edildiği de belirtilmektedir; bkz. ALVANI, Talha C. "İslam'da Sanık Hakları", **İslami Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 3, 1995, S. 2, s. 88-89.

¹⁴ Adı geçen madde şu şekildedir: "Mehakım ve meclis erbabından ve sair memurin-i devletten biri müttehem olarak eşhasa cürümlerini söyletmek için eziyet ve işkence etmeği hüküm ve icra eder ise muvakkaten kalebentlik ve müebbeden rütbe ve memuriyetten mahrumiyet cezaları ile mücazat olunur. Ve bunu maiyet memurları mafevkinde bulunan amirlerinin emri ile yapmış ise bu cezalar emri eden kimse hakkında icra kılınır ve işkence olunan şahıs bundan müteessiren fevt olur veyahut eziyetten dolayı azasından birine bir güne zarar ve noksan isabet eyler ise buna cüret eden memur hakkında katil veyahut carih cezası dahil icra edilir."

kişiye hemen hakkındaki suçlamaların bildirileceği, yakınlarına gecikmeksizin haber verileceği yer almıştır.

İşkence ve diğer kötü muameleler İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hazırlanan tüm insan hakları belgeleri tarafından da yasaklanmıştır.

Bunların başında da, insan haklarının en temel belgesi olarak kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gelmektedir. Adı geçen Bildirge'nin 5. maddesinde kötü muamele yasağı aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.

Bu hükmün diğer insan hakları sözleşmelerinde yer alan işkence, insanlık dışı muamele ve diğer kötü muamelelerle ilgili düzenlemelere örnek oluşturduğu söylenebilir.

Özellikle Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi¹⁵ kelimesi kelimesine, Evrensel Bildirge'den alınmıştır. Adı geçen muameleler, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Afrika İnsan ve Halk Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddelerince de yasaklanmıştır. Yalnız Afrika İnsan ve Halk Hakları Sözleşmesi'nde, Afrika'nın tarihsel koşullarının bir sonucu olarak, kölelik ve köle ticareti de yasaklanmıştır.¹⁶ İşkence ve insanlık dışı muamele, aşağıda ayrıntılı bir biçimde incelenecek olan, AIHS'in 3. maddesi tarafından da yasaklanmıştır.

İşkence ve insanlık dışı muameleyi genel bir ifadeyle yasaklayan bu belgeler dışında, doğrudan bu tür muamelelerin önlenmesine yönelik biri evrensel, ikisi bölgesel olmak üzere üç belge daha bulunmaktadır.¹⁷ Bu

¹⁵ Madde şu şekildedir: “Hiç kimse işkence ya da zalimce, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz. Özellikle hiç kimse kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz.”

¹⁶ DANELIUS, Hans, "Protection Against Torture in Europe and the World", R. St. J. Macdonald ve diğerleri (der.), **The European System for the Protection of Human Rights** içinde, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, s. 266.

¹⁷ Bunlardan evrensel nitelikte olanı, Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi'dir. Bölgesel nitelikte belgelerden biri İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi; diğeri ise İşkencenin Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Amerikalılararası Sözleşme'dir. Bu belgelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GEMALMAZ, Mehmet, S. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi** Amaç Yayıncılık, İstanbul, 1990, s. 197.

belgelerin dışında da, adı geçen muameleleri önlemeye yönelik hükümler içeren ve çok sayıda devletin taraf olduğu çeşitli uluslararası belgeler bulunmaktadır. Kısacası, işkence ve insanlık dışı muamele yasağını düzenleyen kurallar bakımından uluslararası hukukun zengin olduğu söylenebilir.

Bu sözleşmelere taraf devletlerin hükümetlerinin yanı sıra, hükümet dışı örgütler de, adı geçen muameleleri önlemek için savaşımlar vermektedirler. Ancak tüm bu çabalara karşın, birçok ülkede kimi zaman yaygın ve sistematik kötü muamelelere tanık olunmaktadır.¹⁸ Bir başka anlatımla işkence ve insanlık dışı muamele konusunda norm/kuram ile uygulama arasında ciddi bir uçurum olduğu görülmektedir.¹⁹ Söz konusu uçurum bakımından, aşağıda incelenecek olan AİHM kararlarının da ortaya koyduğu gibi, Türkiye dikkat çekici örnekler arasında yer almaktadır.

Bu genel girişten sonra, çalışmanın esas konusunu oluşturan AİHM kararlarında işkence ve insanlık dışı muameleyi incelemeye geçebiliriz.

Adı geçen muameleler AİHS'in 3. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz.

Yasakladığı eylemlerin niyet ve anlamlarına ilişkin ipucu vermemesi nedeniyle, adı geçen maddenin, yorumlanma ve uygulanma bakımından AİHS'in en zor hükümlerini barındırdığı söylenebilir. Aslında AİHS'in diğer maddelerinin de yasakladığı veya güvenceye aldığı hak ve özgürlükleri açık bir biçimde düzenlediği söylenemez. Bununla birlikte, diğer maddelerde kullanılan ifadelerin açık olması (örneğin 8. maddedeki "özel yaşama ve aile yaşamına saygı" veya 12. maddedeki "evlenme ve aile kurma hakkı") veya kullanılan ifadelerin teknik doğası (6. maddedeki "hukuka uygun olarak kurulmuş bağımsız ve yansız bir yargı yeri tarafından, makul bir sürede, adil ve aleni olarak yargılanma hakkı" veya 10. maddedeki "ifade özgürlüğü" veya 11. maddedeki "barışçıl toplanma ve dernek kurma özgürlüğü") bu maddelerin, 3. maddeye göre, görece, daha kolay yorumlanmasını olanaklı kılmaktadır.

Yukarıda göndermede bulunulan maddelerdeki kavramların tersine, özellikle 3. maddede yer alan "insanlık dışı" ve "küçültücü/alçaltıcı" muameleye

¹⁸ DANELIUS, Hans, "Protection Against Torture in Europe and the World", R. St. J. Macdonald ve diğerleri (der.), **The European System for the Protection of Human Right** içinde, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, s. 263.

¹⁹ SANCAR, Turkan Y. "İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 57, Sayı: 4, 2002, s. 156.

ilişkin kavramların anlamını ve yasakladığı alanı tam olarak saptamak zordur. Zira ulusal yargı yerlerinin kararlarında, öğretide ve AİHM içtihatlarında, "insanlık dışı" ve "alçaltıcı" muamele kavramlarının karşılaştırılabilir tanımının veya yorumunun bulunduğu söylenemez. Dolayısıyla adı geçen organın 3. maddeyi yorumlarken ve uygularken büyük bir zorlukla karşı karşıya olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu zorluğu aşmanın bir yolunun, anılan maddeye ilişkin kavramları yorumlarken AİHM’e geniş bir takdir hakkının bırakılması olduğu söylenebilir. Adı geçen organ da bu anlayışın bir sonucu olarak, AİHS’i yaşayan bir belge olarak kabul etmekte ve günün koşulları bağlamında yorumlamaktadır.²⁰ Örneğin, geçmişte insanlık dışı muamele olarak nitelendirdiği kimi muameleleri, daha sonra işkence olarak nitelendirebileceğini şu şekilde açıklamıştır:

İnsan hakları ve temel özgürlüklerin korunması alanında giderek daha yüksek standartların gerekli olması nedeniyle, buna uygun olarak demokratik toplumların temel değerlerinin ihlalinde de daha katı değerlendirmelerin gerekeceği kaçınılmazdır.²¹

Bu karardan da anlaşılacağı gibi, adı geçen organ, AİHS’i amaçsal bir yöntemle yorumlamaktadır.²² Bu yaklaşımın bir sonucu olarak da, AİHS’i yorumlarken ceza siyaseti alanında taraf devletlerde meydana gelen gelişmelerden ve kabul ettikleri ortak standartlardan uzak duramayacağını belirtmiştir.²³

AİHS, terör ve örgütlü suçlarla savaşım gibi en zor koşullarda bile işkenceye, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaya hiçbir koşulda izin vermemektedir. Bir başka anlatımla AİHS’in 3. maddesi, 1 ve 4 nolu Ek

²⁰ JACOBS Francis G/WHITE, Robin C.A, **The European Convention on Human Rights**, (Second Edition), Clarendon Pres, Oxford, 1996, s. 68.

²¹ **Selmouni v. France**: § 101; aynı yönde bkz. **Dikme v. Turkey**: § 92.

²² Bu konuda bkz. NAL, Sabahattin, "Parti Yasaklamada ve Kapatmada 'Demokratik Toplum Düzeni' Ölçütü", (Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi) Ankara, 2000, s. 93-95; BERNHARDT, Rudolf, "Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties", Franz Matscher ve diğerleri (der.), **Protecting Human Rights: The European Dimension** içinde, Heymans, Köln, 1988, s. 65-71; MATSCHER, Franz, "Methods of Interpretation of the Convention", R. St. J. Macdonald ve diğerleri (der.), **The European System for the Protection of Human Rights** içinde, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, s. 63-82; FROWEIN, Jochen Abr. "Contemporary Interpretation of Human Rights", **Constitutional Jurisdiction**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1993, s. 119-123.

²³ **Tyrer v. UK**: § 32.

Protokollerin maddi haklarla ilgili birçok hükmünden farklı olarak, hiçbir istisnaya ve 15. madde çerçevesinde ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü durumlarda bile askıya almaya/yükümlülük azaltmaya (derogation) izin vermemektedir. Çünkü bu maddede yer alan hükümler bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu mutlak bir biçimde korumayı amaçlamaktadır.²⁴ Aynı zamanda anılan madde tarafından güvenceye alınan haklar, AİHM'in birçok kararında belirttiği gibi, demokratik toplumun en temel değerleri arasında yer almaktadır.²⁵

Ancak diğer yandan AİHM, suçla savaşımın, özellikle de örgütlü suçla savaşımın zorluklarla dolu olduğuna dikkat çekmekte ve bu gibi suçların araştırılmasının ve bunlarla savaşımın gerekliliğini de dile getirmektedir. Bu bağlamda, bu gibi suçların takibinde delillere ilişkin kurallar ve usulî haklarda kimi istisnalara izin verilebileceğini de kabul etmektedir. Bununla birlikte, adı geçen organa göre, tüm bu zorluklar, kişilerin fiziksel bütünlüğüne zarar verilmesini hiçbir biçimde meşru gösteremez. Dolayısıyla sorgulama sırasında kötü muameleye başvurulması ve bu muameleler sonucunda elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılması mutlak bir biçimde yasaktır.²⁶ Benzer bir biçimde devletler, işlenen suçtan bağımsız olarak, caydırıcı olabileceği gerekçesiyle 3. maddeye aykırı cezalar da uygulayamazlar.²⁷

Ayrıca kötü muamele konusundaki mutlak yasağın tıbbi nedenlerle gözetim altında tutulan ve tedavi gören kişilere yönelik muamelelere de uygulanabileceği belirtilmelidir. Bir başka anlatımla, bu kişiler de, 3. maddenin koruması altındadırlar.²⁸

Sözleşme'nin 3. maddesi devletlere de yükümlülükler getirmektedir. Bu yükümlülükler üç başlık altında toplanabilir. İlki devlet hiç kimseyi işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutmamalıdır (negatif yükümlülük). İkincisi devletler bireylerin 3. maddeyle yasaklanan eylem ve davranışların mağduru olmasını önlemek için önlemler almalıdır (pozitif yükümlülük). Özellikle idare, çocuklar gibi zayıf durumda kabul edilebilecek kişilere karşı, üçüncü kişilerden kaynaklanan kötü muameleyi biliyor veya

²⁴ **Tyrer v. UK:** § 30, 33.

²⁵ **Soering v. the UK:** § 88; **Aksoy v. Turkey:** § 62; **Chahal v. the UK:** § 79; **Hasan İlhan v. Turkey:** § 106; **Aydın v. Turkey:** § 81; **Selçuk and Asker v. Turkey:** § 68; **Yöyler v. Turkey:** § 73; **Öcalan v. Turkey:** § 218; **Bilgin v. Turkey:** § 101.

²⁶ **Tomasi v. France:** § 115.

²⁷ **Tyrer v. the UK:** § 15.

²⁸ **Herczegfalvy v. Austria:** § 82.

bilmeleri gerekiyorsa, gerekli koruyucu önlemleri almakla yükümlüdür.²⁹ Bunlar gerekli hukuksal düzenlemeleri yapmak biçiminde olabileceği gibi, gereken somut önlemleri almak biçiminde de olabilir. Devletin genel koruma yükümlülüğüne bağlı olarak üçüncü yükümlülük ise, devletin işkenceyi ve diğer kötü muameleleri etkili bir biçimde soruşturma ve kovuşturma yükümlülüğüdür.³⁰

Kararların ayrıntılı incelemesine geçmeden önce, kötü muamele iddialarının ispatı konusu üzerinde durmakta yarar vardır. Bir devletin işkence ve insanlık dışı muameleden sorumlu tutulmasının uluslararası siyasal ve diplomatik sonuçları ağır olacağından, AIHM, yapılan muamelenin 3. madde kapsamında değerlendirilmesi için çok yüksek standartta kanıt aramaktadır. Adı geçen organ, **Ireland v. the UK** kararından bu yana, "makul bir kuşkuya yer bırakmayacak kanıt" kavramını kullanmaktadır. Bu tür bir kanıt ise, yeterince ciddi, açık, belirgin ve tutarlı çıkarımlara ya da çürütülememiş karinelere dayanmalıdır.³¹

I. İŞKENCENİN TANIMI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ’NİN BU KONUDAKİ İÇTİHATLARI

AIHS’in 3. maddesi, daha önce de belirtildiği gibi, işkence, insanlık dışı muamele, aşağılayıcı muamele, insanlık dışı ceza ve aşağılayıcı ceza kavramlarına yer vermiştir. Mahkeme 3. maddeyi yorumlarken, bu maddede yer alan işkence ile insanlık dışı muamele kavramları arasında yapılan ayrımı dikkate almıştır. Bu ayrımın, genellikle, duyulan acının yoğunluğundan kaynaklandığına karar vermiştir. Mahkeme, Sözleşme’nin işkence ile insanlık dışı muamele kavramlarına yer vermesinin amacının çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasıtlı muameleleri işkence olarak adlandırarak bunlara özel bir damga yapıştırmak olduğunu belirtmiştir.³² Bu yaklaşıma bağlı olarak bir hukuk kavramı olan işkencenin, diğer kötü muamelelerden farklı, kendine özgü bir boyutunun olduğu söylenebilir. Mahkeme de kimi kararlarda buna dikkat

²⁹ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa R./SANCAKDAR, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara Açık Cezaevi, Ankara, 2004, s. 247.

³⁰ DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 2.

³¹ **Ireland v. the UK**: § 161; **Orhan v. Turkey**: § 64; **Avşar v. Turkey**: § 282; **Yöyler v. Turkey**: § 52; **Tepe v. Turkey**: § 25.

³² **Ireland v. The UK**, § 167.

çekmiştir. Örneğin **Aksoy** kararında, AİHM, adı geçen kavramlar arasındaki ayrıma vurgu yapmış ve işkence kavramını, çok ciddi ve zalimane acılara neden olan, kasti kötü muameleler için kullandığını vurgulamıştır.³³ Bununla birlikte Mahkeme'nin bir kötü muamelenin işkence mi yoksa insanlık dışı muamele mi olduğunu belirtmeksizin 3. maddenin ihlaline hükmettiği kararları da bulunmaktadır.³⁴ İşkence ile diğer kötü muamele çeşitleri arasındaki ayrımın önemi, AİHS'in 41. maddesine göre hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesinde ve devletin saygınlığının zedelenmesinde de kendini göstermektedir. Bundan dolayı Mahkeme, olayın koşulları gerektirdiği takdirde kötü muamele türleri arasında ayırım yapmaktadır.³⁵

Kararlarında işkencenin unsurlarını belirtmekle birlikte, bunları tanımlamayan AİHM, bunun yerine, kimi kararlarında, Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'de yer alan tanıma göndermede bulunmuştur.³⁶

Adı geçen Sözleşme'nin 1. maddesi şu şekildedir:

Sözleşme amaçlarına göre, işkence terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızı olarak husule gelen acı ve ıstırapı içermez.³⁷

Bu tanımlardan da anlaşılacağı gibi, bir eylemin işkence olarak değerlendirilmesi için, yöneten ve yönetilenlerin bulunduğu bir siyasal yapıya, bir başka anlatımla bir devlet düzenine, resmi bir otoritenin yetkisine ve güdülen bir amacın varlığına gereksinim duyulmaktadır. Bu koşullar bulunmadığı takdirde bu eylem saldırı olarak kabul edilmektedir.³⁸

³³ **Aksoy v. Turkey**: § 60; aynı yönde bkz. **Dikme v. Turkey**: § 93.

³⁴ Örneğin **Abdurrahman Orak v. Turkey**, § 93-94.

³⁵ CLAYTON, R./TOMLINSON, H. **The Law of Human Rights**, V. I. Oxford University Press, 2000, s. 388.

³⁶ **Salman v. Turkey**: § 114; **Akkoç v. Turkey**: § 115.

³⁷ <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/37-51.pdf> (Erişim tarihi 20.06.2006).

³⁸ DEMİRBAŞ, Timur, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s. 9. Bu görüşe katılmayan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşte olanlara göre, yalnızca devletçe onaylanan, ya da

Bu tanımlara ve AİHM’in içtihatlarına dayanarak işkencenin dört ögesinin olduğu söylenebilir. Bunlar: 1) şiddetli, yoğun fiziksel veya ruhsal acı, 2) acının kasıtlı ve bilinçli olarak uygulanması, 3) bilgi almak, cezalandırmak ve sindirmek gibi belirli bir amacın izlenmesi ve 4) fail bir kamu görevlisi olmalı veya bu sıfatla hareket etmelidir.³⁹

A. İşkencenin Öğeleri

1. Şiddetli Fiziksel veya Ruhsal Acı Veren Bir Fiil

Yukarıda da belirtildiği gibi, Mahkeme, işkence ile diğer kötü muamele türleri arasında ayırım yaparken muamelenin yoğunluğunu ve şiddetini dikkate almaktadır. Mahkeme’nin bu yaklaşımını **Bati and Others** kararında görmek olanaklıdır. Karara konu olan vakada kimisi henüz on sekiz yaşının altında olan on beş başvuru, yasadışı TKEP/L örgütüne karşı yürütülen operasyon sırasında gözaltına alınıp, polis merkezinde tutulmuşlar ve daha sonra tutuklanıp yargılanmışlardır. Mahkeme önüne gelen davada, başvuruçuların gözaltı sonrasında yapılan muayenelerine ve diğer delillere dayanarak, başvuruçularda yara bere izi, kollarından asma, suya tutulma, sürekli dövülme, falaka gibi muamelelere tabi tutulduklarına karar vermiştir. Ayrıca hakaret gördüklerini, günlerce uykusuz bırakıldıklarını ve fiziksel iz bırakmayan çeşitli şiddet eylemlerine tabi tutulduklarını saptamış ve söz konusu muameleleri 3. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme 3. maddenin ihlaline karar verirken yapılan eziyetin şiddetini, yoğunluğunu, süresini, fiziksel ve ruhsal etkilerini,

devletin bir şekilde yetkisine dayanarak kamu görevlilerince, tanımlanmış amaçlar için uygulanan eziyetin işkence olarak nitelenmesi kabul edilemez. Kişinin maruz kaldığı uygulama, eziyet ya da zulüm derecesi yeterince şiddetli olduğunda, bu, işkenceden başka bir biçimde tanımlanamaz. Nitekim mağdurun maruz kaldığı eziyetin, yaşadıklarının hukuksal anlamda bir işkence olarak kabul edilip edilmemesi çok da bir şey değiştirmeyecektir. Bkz. SCOTT, Ryley George, **İşkence Tarihi**, (Çev. Hamide Koyukan), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003, s. 19. Kamu görevlisi kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 426 vd.

³⁹ DEMİRBAŞ, Timur, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, s. 30; SOYSAL, Doğan, **Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara 1997, s. 555. bununla birlikte işkence suçunun faili olabilmesi için kamu görevlisinin somut olayda suçu takiple görevlendirilmiş olması gerekmez, ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. Bası, İstanbul 1991, s. 181.

mağdurun cinsiyetini, yaşını, sağlık durumunu, muamelenin uygulanış şeklini, yöntemini ve benzeri etmenleri ölçüt olarak almıştır⁴⁰.

Kişinin erkek ya da kadın olmasına, beden yapısının güçlü ya da zayıf olmasına bakılmaksızın, nesnel ölçülerde yeterli şiddette acı veren eylemler Mahkeme tarafından işkence olarak kabul edilmektedir. Örneğin AİHM Selmouni kararında, uygulanan muamelenin yalnızca şiddet içermekle kalmadığını, aynı zamanda fiziksel gücü ne olursa olsun herkes için iğrenç ve küçük düşürücü nitelikte olduğunu belirtmiştir⁴¹.

Yukarıda göndermede bulunulan Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yer alan işkence tanımının ayırt edici ölçütü "ağır acı veya ıstırap"tır. Acı ve ıstırapın ağır derecede olmaması durumunda söz konusu eylemler 1. madde kapsamında işkence olarak değil; adı geçen Sözleşme'nin 16. maddesi çerçevesinde kötü muamele olarak kabul edileceği; ancak işkence ile aynı hukuksal rejime tabi tutulacağı kabul edilmektedir⁴².

2. Kasıt

Daha önce de belirtildiği gibi, AİHM'e göre, işkencenin bir diğer özelliği de kasıt içeren muamele olmasıdır. Bir kararında, adı geçen organ, mağdurun kollarının arkadan bağlı olarak havada asılı tutulmasını, Filistin askısına asılmasını, ancak kasten yapılabilecek türden muamele olarak değerlendirmiş ve bunun belli bir hazırlığa gerek duyduğunu belirtmiştir⁴³.

Bir başka kararda AİHM, darp ve buna benzer diğer muameleleri, kamu görevlileri tarafından ancak görevlerinin yerine getirilmesi sırasında kasten uygulanacak türden muameleler olarak kabul etmiş ve işkence olarak nitelendirmiştir⁴⁴.

3. Amaç

Birçok kararında AİHM, Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi'nde yer alan işkence tanımında amaç ögesine yer verildiğine dikkat

⁴⁰ **Batı and Others v. Turkey:** § 120-122.

⁴¹ **Selmouni v. France:** § 103. Bu karar, AİHM'in Türkiye dışında bir ülkenin işkence yaptığına ilk hükmettiği karardır.

⁴² AKILLIOĞLU, Tekin, "İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı, Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi", **İnsan Hakları Yılı**, C. 10-11, 1988-1989, s. 46.

⁴³ **Aksoy v. Turkey:** § 64; aynı yönde bkz. **Salman v. Turkey:** § 114.

⁴⁴ **Dikme v. Turkey:** § 75, 95.

çekmiştir. Adı geçen sözleşmede işkence, bilgi alma, ceza verme veya sindirme amacıyla kasten acı veya eziyet veren muameleler için kullanılmaktadır. Bu çerçevede AİHM, **Dikme** kararında, başvurucuya işlediğinden şüphe edilen suçlara ilişkin itirafta bulunmasını sağlamak ve bilgi almak amacıyla uygulanan muameleleri işkence olarak kabul etmiştir.⁴⁵ Bununla birlikte Mahkeme, işkenceye karar verdiği her vakada fiilin hangi amaçla yapılmış olduğunu dikkate almamıştır.

4. Fail

Fiil, resmi sıfatla hareket eden kişiler tarafından veya bu kişilerin bilgisi veya onayıyla üçüncü kişiler tarafından işlenmiş olmalıdır.

B. Çeşitli İşkence Örnekleri

1. Filistin Askısı

AİHM, işkenceye ilk defa **Aksoy** davasında karar vermiştir. Bir başka anlatımla adı geçen organ, bu kararıyla, AİHS'e taraf ülkeler arasında işkence yapan ilk ülkenin Türkiye Cumhuriyeti olduğuna hükmetmiştir.

Karara konu olan vakada başvurucu PKK’ye yardım, yataklık ve üyelik suçlarından 24 Kasım 1992’de gözaltına alınmış ve Mardin Emniyet Müdürlüğü’nde gözaltında bulunduğu sırada kendisine çeşitli şekillerde kötü muamele yapıldığından yakınmıştır. Sorgulanması sırasında gözlerinin bağlandığını, çırılçıplak soyulduğunu, kolları arkadan bağlı bir biçimde asıldığını (Filistin askısı), elektrik verildiğini, üzerine su sıkılarak elektriğin şiddetinin artırıldığını, dövüldüğünü, tokatlandığını ve küfredildiğini ileri sürmüştür. Söz konusu muamelelerin ise işkence olarak nitelenecek kadar ağır olduğunu iddia eden başvurucu, bu muamelelerin, kendisini teşhis eden kişiyi tanıdığını kabul ettirmek amacıyla uygulandığını ileri sürmüştür.⁴⁶

Önüne gelen davada, başvurucunun Filistin askısına asıldığını saptayan AİHM, bu muamelenin ancak kasten yapılabileceğine, belirli bir hazırlık sürecine ve güç kullanımına gereksinim duyduğuna dikkat çekmiştir. Bu muameleye kişiden itirafta bulunmasını sağlamak veya bilgi elde etmek için başvurulabileceğine işaret eden adı geçen organ, tıbbi bilgilere dayanarak, somut olaydaki muamelelerin yapıldığı zaman kurbanı derin bir acı vermiş olmasının yanı sıra, her iki kolda bir süre devam eden felce de yol açtığını saptamıştır.

⁴⁵ **Dikme v. Turkey**: § 95; aynı yönde bkz. **Ireland v.the UK**: § 167; **Salman v. Turkey**: § 113-115; **Aksoy v. Turkey**: § 60; **Aydın v. Turkey**: § 82; 24531/94, **Aktaş v. Turkey**: 326-334; **Yaman v. Turkey**: § 47; **Batı and Others v. Turkey**: § 120.

⁴⁶ **Aksoy v. Turkey**: § 60; aynı yönde bkz. **Aktaş v. Turkey**: 326-334.

AİHM, 3. maddede yer alan "işkence", "insanlık dışı muamele" ve "onur kırıcı muamele" kavramları arasındaki ayrıma dikkat çekmiş ve "işkence" kavramını, çok ciddi ve zalimane acılara neden olan, kasti muameleler için kullandığını vurgulamıştır.⁴⁷ Sonuç olarak, adı geçen organ, başvurucuya uygulanan muameleleri ağır ve zalimane olarak nitelendirmiş ve işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁸

2. Tecavüz

AİHM **Aydın** davasında, gözaltında tutulan kişinin, bir devlet görevlisi tarafından zayıf anından ve savunmasızlığından yararlanılarak tecavüze uğramasını vahim ve tiksindirici bir davranış olarak nitelendirmiştir. Karara konu olan vakada babası ve yengesiyle birlikte jandarma tarafından gözaltına alınarak ilçe jandarma merkezine götürülen on yedi yaşındaki genç kız çırılçıplak soyularak dövülmüş, bir tekerlek içine oturtularak döndürülmüş ve üzerine tazyikli su sıkılmış ve tecavüze uğramıştır. Mahkeme önüne gelen davada, tecavüzün kurbanı üzerinde diğer fiziksel ve psikolojik şiddet şekillerinde olduğu gibi, zaman içinde kolayca geçmeyen, derin psikolojik etkiler bıraktığını vurgulamıştır. Başvurucunun tecavüz olayı esnasında aynı zamanda, onurunun incitildiğine ve toplum içindeki saygınlığının zarar gördüğüne, fiziksel ve duygusal olarak keskin bir acı yaşadığına dikkat çeken adı geçen organ, sonuç olarak işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁹

3. Falaka/Falanga

Mahkeme **Salman** davasında, işkenceye karar verirken falaka uygulandığını saptamıştır. Karara konu olan vakada, Agit Salman 28 Nisan 1992 gecesi Adana'da gözaltına alınmış ve 29 Nisan'da ölmüştür. Mahkeme önüne gelen davada, uygulanan muameleyi işkence olarak nitelendirirken, kötü muamelenin yalnızca niteliğini ve derecesini değil aynı zamanda amacını da dikkate almış ve şöyle demiştir:

Muamelenin ağırlığına ek olarak, işkenceyi, başka şeylerin yanı sıra bilgi edinme, cezalandırma veya korkutma gibi bir amaçla kasten verilen ağır acı veya ıstırap olarak tanımlayan ve 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezaya Karşı Sözleşme (m. 1)'de kabul ettiği gibi bir kasıt unsuru da bulunmaktadır. Olaydaki kötü muamelenin (falaka) niteliği ve derecesiyle bu muamelenin PKK

⁴⁷ **Aksoy v. Turkey**: § 60.

⁴⁸ **Aksoy v. Turkey**: § 64.

⁴⁹ **Aydın v. Turkey**: § 83, 85.

etkinliklerine katıldığından kuşkuyla Agit Salman’ın sorgulanması sırasında meydana geldiğine ilişkin kanıtlardan yapılan güçlü çıkarsamaları dikkate alan Mahkeme, söz konusu muamelenin işkence olarak nitelenebilecek kadar ağır ve zalimane olduğuna karar vermiştir.⁵⁰

Bir davada, başvurunun gözetiminde ayağında çürük, şişlik, ayak bileğinde sıyrık meydana gelmiş olmasını, falaka uygulanmasını, kaburga kemiğinin kırılmasını, bu kırık üzerinde darbe sonucu yara-bereleler oluşmasını ve bunların nedenlerinin hükümet tarafından açıklanamamasını dikkate alan AIHM, bunlardan yetkilileri sorumlu tutmuştur. Bu vakadaki muamelelerin niteliğini, derecesini ve bunların sorgu sırasında meydana gelmiş olabileceğine ilişkin güçlü çıkarsamaları da dikkate alan adı geçen organ, işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵¹

4. Şiddetli Dayak

Bir davada başvurunun tekmelemesini, dövülmesini, başına dipçikle vurulması sonucu beyinde hasar ve uzun süreli işlev zayıflığı meydana gelmesini; görünen yaralarına, yürüme, konuşma güçlüğü çekmesine karşın hastaneye götürülmekte otuz altı saat gecikmiş olmasını ve uygulanan muamelenin ağırlığını göz önüne alan AIHM, sonuçta işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme bu kararında şiddetin ağırlığını dikkate almış ve uygulanan fiilin kast unsuru üzerinde durmaksızın başvurucuya uygulanan muameleleri işkence olarak değerlendirmiştir.⁵²

AIHM **Dikme** kararında, başvurunun on altı gün gibi uzun bir süre gözetiminde tutulmasını, bu süre içerisinde tıbbi ve diğer yardımlardan ve bir mahkemenin hukuksal denetiminden yoksun kalmasını dikkate almış, bu muamelelerin başvurunun manevi bütünlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Yine adı geçen organa göre, bu süre içerisinde başvurucuya vurulan darbeler hem fiziksel, hem ruhsal eziyet ve acı vermiştir. Ayrıca mağdurun tek başına tutulması, durumu daha da vahim bir hale getirmiştir. Bu nedenle AIHM, başvurucuya uygulanan muamelelerin, başvurucuda korku ve endişe yarattığına, aşağılanmasına, direncinin ve istencinin kırılmasına yol açtığına karar vermiştir. Başvurunun ayrıntılı açıklamalarını, sağlık raporlarının saptamalarını ve bunların hükümet tarafından inkâr edilmemesini dikkate alan adı geçen organ,

⁵⁰ **Salman v. Turkey**: § 114-115.

⁵¹ **Salman v. Turkey**: § 113-15; aynı yönde bkz. **Bati and Others v. Turkey**: § 114.

⁵² **İlhan v. Turkey**: § 86-87.

hiçbir makul kuşkuya yer bırakmayacak biçimde başvuruçunun çok sayıda darbeye ve işkencenin diğeri türlerine maruz kaldığına karar vermiştir.⁵³

AİHM bir başka kararında ise, başvuruçuların, yüz, penis, haya, bacak ve ayak gibi vücutlarının çeşitli yerlerinde, doktor raporuyla yaralar saptanmasını işkence olarak değerlendirmiştir.⁵⁴

5. Elektrik Şoku Verilmesi

Mahkeme bir davada, başvuruçunun gözaltında elektrik şokuna tabi tutulmasını, sıcak ve soğuk suya sokulmasını, başına vurulmasını, çocuklarına işkence yapılacağı tehdidiyle psikolojik baskı uygulanmasını; bu baskıların başvuruçuda korku ve güvensizlik yaratması nedeniyle tedaviyi gerektiren stres bozukluğu tanısı konulmasına yol açmasını değerlendirmiştir. Başvuruçunun gördüğü muamelelerin ağırlığını ve acımasızlığına vurgu yapan Mahkeme, işkence yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Adı geçen organ kararında ayrıca, gözaltından çıkan kişiler için bağımsız ve eksiksiz bir sağlık muayenesi yapılması gerektiğine dikkat çekmiş ve bu muayenenin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin yol gösterici bir içtihat geliştirmiştir. Bu içtihada göre, sağlık muayenesi, polisin bulunmadığı bir ortamda, uzman hekimlerce yapılmalıdır. Muayene sonunda verilen rapor yaralanmaya yer veriyorsa, yaraların yalnızca ayrıntılarını değil; ayrıca bunların nasıl oluştuğuna ilişkin hastanın yapmış olduğu açıklamaları da içermelidir. Mahkeme'ye göre, muayenenin üstünkörü ve toplu bir biçimde yapılmış olması, bu güvencenin etkenliğini azaltacağından, bu yönden de işkence yasağı ihlal edilmiş olacaktır.⁵⁵

AİHM, **Çakıcı** davasında da elektrik şoku verilmesini değerlendirmiştir. Karara konu olan vakada Ahmet Çakıcı 8 Kasım 1993'te Hazro ilçesi Çitlibahçe köyünde gözaltına alınmış bir süre gözaltında tutulmuş, daha sonra kendisinden haber alınamamıştır.⁵⁶ İşkence uygulandığına karar verirken Mahkeme tanık ifadelerine dayanmıştır.

Komisyon, Ahmet Çakıcı'ya uygulanan kötü muamelenin sonuçlarına tanık olan ve Çakıcı'nın dövuüldüğünü ve elektrik şoku verildiğini kendisine söylediği Mustafa Engin'in ifadesini, Ahmet Çakıcı'nın işkence gördüğüne ilişkin yeterli kanıt olarak kabul etmiştir.⁵⁷

⁵³ **Dikme v. Turkey**: § 73-97.

⁵⁴ **S.B and H.T v. Turkey**: § 21-26.

⁵⁵ **Akkoç v. Turkey**: § 118.

⁵⁶ **Çakıcı v. Turkey**: § 92.

⁵⁷ **Çakıcı v. Turkey**: § 91.

Mahkeme, Mustafa Engin’in Komisyon temsilcilerine verdiği ifadelerin güvenilir ve inanılır olduğuna karar vermiştir. Bu tanık on altı veya on yedi gün boyunca Ahmet Çakıcı ile birlikte aynı hücrede tutulmuş ve onu görme ve onunla konuşma fırsatı bulmuştur. Mustafa Engin ifadesinde Ahmet Çakıcı’nın giysisinin üzerinde kan lekeleri gördüğünü ve onun fiziksel olarak çok kötü durumda olduğunu söylemiştir. Ahmet Çakıcı, Mustafa Engin’le birlikte tutuldukları hücreden alınmış ve dönüşünde Mustafa Engin’e sorgulama sırasında kendisine iki kez elektrik şoku verildiğini söylemiştir. Bu ifadenin makul şüphenin bulunmaması şeklindeki kanıt standardıyla Ahmet Çakıcı’ya gözaltında işkence yapıldığı sonucuna varmayı desteklediği konusundaki Komisyon görüşünü Mahkeme de paylaşmış ve sonuç olarak Ahmet Çakıcı bakımından 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁸

Görüldüğü gibi Filistin askısına asma, elektrik şokuna maruz bırakma, tazyikli suya tutma, tecavüz, şiddetli dayak, falaka gibi doğası ve sonuçları itibariyle çok ciddi muameleler AİHM tarafından işkence olarak kabul edilmektedir.

II. İNSANLIK DIŞI MUAMELENİN TANIMI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN BU KONUDAKİ İÇTİHATLARI

Maddi unsur bakımından insanlık dışı muamele, işkence kadar yoğun ve zalimce acıya neden olmayan; fakat yine de fiziksel yaralanmaya veya yoğun fiziksel ve ruhsal acıya neden olan bir muameledir.⁵⁹ Manevi unsur bakımından insanlık dışı bir muamelede, işkence için gerekli olan kast, örneğin ikrar elde etme, cezalandırma gibi etmenler bulunabilir; ancak bulunması zorunlu değildir. Bir başka anlatımla böyle bir amacın bulunmadığı durumlarda da bir muamele için insanlık dışı muamele nitelendirmesi yapılabilir. Hatta fail bazen üçüncü kişi olsa bile, muamele insanlık dışı olarak tanımlanabilir.⁶⁰

Yeterli yoğunluk ve amaç ögesi taşımaması nedeniyle işkence olarak kabul edilmeyen muameleler AİHM tarafından insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele olarak kabul edilmektedir. Örneğin adı geçen organ bir kararında, önceden tasarlanan, uzun süre uygulanan; yaralanmalara neden olan

⁵⁸ **Çakıcı v. Turkey**: § 92.

⁵⁹ ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhuriyet, “İşkence Suçu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (Haziran-Aralık 2000), C.IV, S.1-2, s. 116.

⁶⁰ **Kurt v. Turkey**: § 133-34; **Taş v. Turkey**: § 9-30, § 79; **Çakıcı v. Turkey**: § 94.

ve haklı bir gerekçeye dayanmayan fiziksel veya ruhsal acılara yol açan davranışları insanlık dışı muamele olarak kabul etmiştir.⁶¹

Bu kararlardan insanlık dışı muamelenin söz konusu olabilmesi için, en azından, üç öğenin bir arada bulunması gerektiği ortaya çıkmaktadır: 1) kötü muamele niyeti, 2) ciddi fiziksel veya ruhsal acı, 3) neden olunan acının haklı bir gerekçeye dayanmaması.

A. İnsanlık Dışı Muamele veya Eziyetin Öğeleri

1. Kasıt-Kötü Muamele Niyeti

Yukarıda değinildiği gibi AİHM, bir muamelenin insanlık dışı muamele veya ceza kategorisine girmesi için eylemin kasıtlı bir biçimde yapılmasını aramaktadır. Bir başka anlatımla, bir davranış ancak kasıtlı bir biçimde yapılırsa insanlık dışı muamele olarak kabul edilmektedir.⁶²

Bunun yanında birçok davada adı geçen organ, daha da ileri giderek, insanlık dışı muameleden söz edebilmek için taammüdün gerekli olduğu yönünde karar vermiştir.⁶³

2. Ciddi Fiziksel veya Ruhsal Acı

Bir kötü muamelenin 3. madde kapsamında değerlendirilebilmesi için verilen acının asgari bir ağırlıkta olması gerekmektedir. Ancak hangi tür muamele veya cezaların asgari şiddet düzeyine ulaştığını ortaya koyan kesin standartlar yoktur.⁶⁴ Dolayısıyla bu asgari düzeyin değerlendirilmesi görecelidir. Bir başka anlatımla değerlendirme yapılırken, muamelenin süresi, uygulandığı kişi üzerindeki fiziksel ya da ruhsal etkileri ve kimi durumlarda da mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu dikkate alınmalıdır. Bununla birlikte Mahkeme bir kararında, davranışın en az belli bir ağırlıkta veya belli bir düzeyde acı vermesini aramamış, buna karşılık kullanılan fiziksel gücün tekrarını ve yoğunluğunu dikkate almış ve bu davranışları da 3. madde kapsamında değerlendirmiştir.⁶⁵ Kısaca, bir muamelenin kötü muamele olup olmadığına

⁶¹ **Bilgin v. Turkey:** § 99 102-103; aynı yönde bkz. **Kudla v. Poland:** § 92.

⁶² **Guzzardi v. Italy:** § 80; aynı yönde bkz. **Selçuk and Asker v. Turkey:** § 78; **Bilgin v. Turkey:** § 103.

⁶³ **Ireland v. UK:** § 167; **Tomasi v. France:** § 91; **Soering v. the UK:** § 100; **Selçuk and Asker v. Turkey:** § 70; **Bilgin v. Turkey:** § 103; **Dulas v. Turkey:** § 55.

⁶⁴ van DIJK P./van HOOFF G.J.H. **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Kluwer, Deventer, 1998, s. 3119.

⁶⁵ **Tomasi v. France:** § 107.

karar verilirken, vakanın bütün yönleri birlikte ele alınmalıdır.⁶⁶ Ayrıca asgari ağırlık düzeyine ulaşma kavramı dinamik bir yorum anlayışıyla günün koşulları bağlamında değerlendirilmelidir. Bu yorum yöntemi bir muamelenin yalnızca belli bir ağırlık düzeyine ulaşmış olmadığını saptarken değil, aynı zamanda bir muamelenin 3. maddedeki kötü muamelelerden hangisine girdiği değerlendirilirken de uygulanmaktadır.⁶⁷

Bir muamele, kişide bedensel yaralanmaya neden olmamakla birlikte, fiziksel veya ruhsal acıya yol açıyorsa bu da insanlık dışı muamele kategorisine girmektedir.⁶⁸ İnsanlık dışı muamele esas itibarıyla gözaltı koşullarında ortaya çıkan muameleleri kapsasa da, bunun dışında mağdurları sıkıntıya sokan kasıtlı ve acımasız bir dizi başka davranışı da kapsamaktadır. Örneğin, aşağıda ayrıntılı biçimde görüleceği gibi, **Selçuk and Asker, Dulas, Bilgin** vakalarında, başvuru alanlarının evlerinin güvenlik güçlerince tahrip edilmesi, başvuru alanlarının barınaksız bıraktığı, başvuru alanlarına sıkıntı ve eziyet verdiği, güvenlik ve refahlarını tamamen göz ardı ettiği için AIHM’ce insanlık dışı muamele olarak değerlendirilmiştir.⁶⁹

3. Neden Olunan Acının Haklı Bir Gerekçeye Dayanmaması

Mahkemelerce verilse bile, her türlü cezanın, aslında, acı verici ve küçük düşürücü olduğu söylenebilir. Ancak bu cezaları 3. madde kapsamında küçük düşürücü ve acı verici muamele olarak kabul etmek olanaklı değildir. Adı geçen madde, insanlık dışı ve küçük düşürücü cezaları açıkça yasaklamakla, bu tür cezaları genel anlamdaki cezalardan ayırt etmek istemiştir.

Adı geçen maddenin koruma alanına giren diğer bir muamele türü de zorunlu tıbbi müdahalelerdir. Ancak bu tür müdahalelerin kabul edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde yerleşik tıbbi müdahaleler örnek

⁶⁶ **Ireland v. the UK**: § 162; **Soering v. the UK**: § 100; **Cruz Varas and Others v. Sweden**: § 83; **Tekin v. Turkey**: § 52; **Aydın v. Turkey**: § 84; **Selçuk and Asker v. Turkey**: § 76; **Kurt v. Turkey**: § 133; **Bilgin v. Turkey**: § 101; **Yöyler v. Turkey**: § 73. Bu konuda bkz. NUHOĞLU, Ayşe, “İşkence Yasağı ve İşkence Suçu”, **Sahir Erman’a Armağan**, İstanbul, 1999, s. 533.

⁶⁷ Hasta hükümlünün güvenlik gerekçesiyle hastanede yatağa bağlanmasını 24 Eylül 1992 tarihli **Herczegfalvy v. Austria** kararında (§: 83) 3. maddeye aykırı bulmayan Mahkeme, 27 Kasım 2003 tarihli **Henaf v. France** kararında benzer bir muameleyi (§: 55), 3. maddeye aykırı bulmuştur.

⁶⁸ **Ireland v. the UK**: § 167

⁶⁹ **Selçuk and Asker v. Turkey**: § 78; **Bilgin v. Turkey**: § 103; **Dulas v. Turkey**: § 55.

oluşturmaktadır. Bu çerçevede, tedavi açısından gerekli olan bir müdahale, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele olarak değerlendirilmeyecektir.⁷⁰

AIHM'in Türkiye'ye karşı vermiş olduğu ve insanlık dışı muamele olarak nitelendirdiği kararlar aşağıdaki başlıklar altında toplanabilir.

B. İnsanlık Dışı Muamele Örnekleri

1. Ev Yakmalar

Doğu ve Güneydoğu bölgelerinde güvenlik güçleri tarafından köylerin boşaltılması sırasında evlerin ve eşyaların tahrip edilmesi, başvurucuların mülkiyet ve aile yaşamlarına bir müdahale oluşturmasının yanında ayrıca, koşulları bulunduğu takdirde, Mahkeme'ce, kötü muamele olarak değerlendirilmektedir. Mahkeme konuyla ilgili ilk kararlarında evin ve diğer eşyanın tahribini 3. madde çerçevesinde incelemeyi gerekli görmemiştir.⁷¹ Fakat daha sonra AIHM köy boşaltma vakalarını 3. madde çerçevesinde de değerlendirmeye başlamıştır. Örneğin bir kararında Mahkeme, başvurucunun mallarına zarar verilmesini, evinin yakılması sonucu ailesiyle birlikte barınaksız kalmasını, güvenlik ve refahının tamamen göz ardı edilmesini ve bunların ise kasıtlı bir biçimde yapılmasını 3. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.⁷² Ayrıca başvurucunun evinin ve eşyalarının yok edilmesini ve içinde bulunduğu kişisel koşulları göz önünde bulunduran AIHM, güvenlik güçlerinin fiillerini insanlık dışı muamele olarak değerlendirmiştir.⁷³

AIHM, **Selçuk and Asker** davasında, başvuruculardan Selçuk'un o dönemde 54, Asker'in 60 yaşında olmasına, tüm yaşamlarını aynı köyde geçirmelerine, evlerinin ve malvarlıklarının büyük bölümünün güvenlik güçlerince yok edilmesi sonucu geçimlerini sağlayamayacak duruma düşmüş ve köylerini terk etmek zorunda kalmış olmalarına dikkat çekmiş ve bu davranışları önceden tasarlanmış, başvurucuları aşağılayan türden muameleler olarak nitelendirmiştir. Ayrıca, başvurucuların söz konusu muamelelere hazırlıksız yakalanmalarına ve evlerinin yakılışını izlemek zorunda kalmış olmalarına da dikkat çekmiştir.⁷⁴ Özellikle, başvurucuların evlerinin yakılış biçimini ve kişisel

⁷⁰ **Herczegfalvy v. Austria**: § 82.

⁷¹ **Akdivar and Others v. Turkey** ve **Menteş and Others v. Turkey**.

⁷² **Bilgin v. Turkey**: § 99.

⁷³ **Bilgin v. Turkey**: § 102-103; aynı yönde bkz. **Selçuk and Asker v. Turkey**: § 72; **Yöyler v. Turkey**: § 74.

⁷⁴ **Selçuk and Asker v. Turkey**: § 70.

durumlarını dikkate alan AİHM, güvenlik güçlerinin eylemlerini insanlık dışı muamele olarak nitelendirmiştir.⁷⁵

Görüldüğü gibi bu davada adı geçen organ, söz konusu davranışları insanlık dışı muamele olarak nitelendirirken, eylemlerin kasıtlı ve önceden tasarlanmış olmasına, mağdurların yaşlarına, aşağılanmalarına, evlerinin yakılması dolayısıyla düştükleri zor duruma ve uğramış oldukları hakarete dikkat çekmiştir.

Bir başka davada ise, başvurusunun evinin güvenlik güçleri tarafından yakılması ve eşyalarının yok edilmesinden dolayı kendisinin ve ailesinin yaşadığı stres, AİHM’ce, insanlık dışı muamele olarak değerlendirilmiştir.⁷⁶

2. Gözaltında, Sorgulama ve Tutuklama Sırasında Meydana Gelen İnsanlık Dışı Muameleler

Mahkeme’ye göre, alıkoyma işlemi bağlamında 3. maddeye ilişkin olarak ortaya çıkan potansiyel ihlaller alıkoymanın tüm aşamalarını; yani bir kişinin gözaltına alınma, yakalanma; tutuklanma yoluyla alıkonulduğu andan serbest bırakıldığı ana kadarki aşamaları kapsamaktadır. İncelenen maddeye ilişkin ihlallerin en çok alıkonulan kişilere yönelik muameleler çerçevesinde ortaya çıktığı görülmektedir. Adı geçen maddenin getirdiği yükümlülüklerin belki de en ilgili olduğu alan burasıdır. Bu nedenle 3. maddenin ihlal edilip edilmediğini saptayabilmek için, en çok üzerinde durulması gereken konulardan biri, zabıta (polis ve jandarma) mensupları ile cezaevi personelinin eylemleridir.

Özgürlüklerinden yoksun bırakılan ve bu nedenle tümüyle yetkililerin denetiminde olan kişiler, devlet gücünün kendileri aleyhine kullanılması olasılığına karşı en hassas konumda bulunmaktadır. Dolayısıyla AİHS standartlarına uygunluk açısından bu kontrolün kullanımı sıkı bir denetime tabi tutulmalıdır. Bu anlayışın bir sonucu olarak, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi (CPT)⁷⁷, özellikle, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilere yapılan muameleleri incelemek ve gerektiği takdirde bu kişilerin işkence ve insanlık dışı muamele veya cezalara karşı daha etkili korunmasını sağlamakla görevlendirilmiştir.⁷⁸

⁷⁵ **Selçuk and Asker v. Turkey**: § 71.

⁷⁶ **Yöyler v. Turkey**: § 75.

⁷⁷ Bu kuruluşun çalışmaları hakkın da ayrıntılı bilgi için bkz. MORGAN, Rod/EVANS, [Malcolm](#), **Combating Torture in Europe: The Work and Standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT)**, The Stationery Office Boks, 2001.

⁷⁸ Avrupa İşkenceyi Öneme Sözleşmesi’nin 1. maddesi.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerle ilgili olarak herhangi bir kötü muamele yapıp yapılmadığının değerlendirilmesinde hareket noktası, alıkonulan kişiye karşı kaba kuvvet kullanılıp kullanılmadığının saptanmasıdır. Burada AİHM'in kabul ettiği temel ölçüte göre, alıkonulan kişinin davranışı gerektirmediği sürece, bu kişiye karşı kaba kuvvete başvurulması 3. maddede belirtilen hakkı ihlal etmektedir. Bu ölçütün temelinde ise, adı geçen maddenin insan haysiyetini ve fiziksel bütünlüğünü korumayı amaçlaması ve bu nedenle her kaba kuvvet uygulamasının insan haysiyetini aşağılaması yatmaktadır.⁷⁹

Bir kimsenin gözaltında kötü muamele gördüğüne ilişkin şikâyette bulunması halinde, birbirine bağlı iki sorun ortaya çıkmaktadır. İlki, bu kimsenin devletin kontrolü altındayken gördüğünü iddia ettiği muamele ile daha sonra saptanan yara bere izleri arasındaki nedensellik ilişkisinin saptanmasıdır. Böyle bir muamele varsa, ikinci olarak, yapılmış olan muamelenin ağırlığının saptanması gerekmektedir.⁸⁰

Gözaltında meydana gelen kötü muamelenin hangi amaçla yapıldığını saptamak her zaman olanaklı değildir. Kaldı ki, kötü muamelenin kanıtlanması için amacın saptanması zorunlu da değildir. Kötü muamele, örneğin bir sorgulama yöntemi olarak, yani kişinin aleyhine delil olarak kullanılmak üzere bir ikrar elde etmek veya soruşturulmakta olan bir suçla ilgili bilgi elde etmek için mi yapılmıştır yoksa cezalandırmak veya korkutmak için mi yapılmıştır? Kötü muamelenin kanıtlanması bakımından bunun bir önemi yoktur.

Öte yandan gözaltına alınan kişinin “koruyuculardan” (safeguards) yararlandırılıp yararlandırılmadığı, gözaltında yapılan kötü muamelenin kanıtlanması üzerinde önemli denebilecek bir etkiye sahiptir. Söz konusu koruyucular şunlardır: a) gözaltına alınan makamın götürdüğü doktor dışında, gözaltına alınan kişinin kendi seçtiği bir doktora muayene olabileme, b) gözaltında avukatla görüşebilme, c) gözaltındayken akraba veya bir arkadaşına ulaşabilme, d) gözaltının hukuksallığının denetimi için en kısa zamanda bir yargısal makama başvurabilme. Gözaltında tutulan kişiyi bu koruyuculardan yararlandırmak, kendisinden özellikle ikrar elde etmek için kötü muamele yapılma olasılığını önleyebileceği gibi, yapılan bir kötü muamelenin ortaya çıkarılmasına da katkı sağlayabilecektir. Kişi bu koruyuculardan yararlandırılmamışsa, gözaltında yaralanmaya ilişkin bir kanıt başlangıcı

⁷⁹ **Ribitsch v. Austria: § 34; Tekin v. Turkey: § 52; Assenov and Others v. Bulgaria: § 94.**

⁸⁰ **Tomasi v. France: § 107.**

bulunması halinde, kötü muamelenin varlığı konusunda güçlü bir maddi karine oluşturacaktır.⁸¹

Kötü muamele ile ilgili bir vakada, kaba kuvvete başvurulduğunun en açık göstergesi, fiziksel yara izleri ve psikolojik travmaya ilişkin gözlemlerdir. Eğer alıkonulan kişi, serbest bırakıldığında veya alıkoyma süresinin herhangi bir aşamasında yara izleri taşıyor veya sağlığının bozuk olduğu gözlemleniyorsa, söz konusu izlerin alıkoyma sürecinde meydana gelmediğini ispatlamak, ilgili devlete düşmektedir. Buna bağlı olarak yara izlerinin alıkoyma sırasında meydana gelmesi ve yetkililerce kaba kuvvet uygulanması sonucunda oluşması halinde, alıkoyanlar, söz konusu uygulamanın alıkonulan kişinin kendi davranışları nedeniyle gerekli olduğunu ve ancak gereken ölçüde kaba kuvvet kullanıldığını ispatlamakla yükümlüdürler. Doğal olarak yapılan açıklama inandırıcı ve 3. maddeye uygun olmalıdır.⁸²

AİHM bir davada, başvurucuların gözaltına alınırken tıbbi muayeneden geçirilmediklerine ve başvurucular tarafından seçilen bir avukat ya da doktorun gözaltında tutuldukları yere girmesine yetkililerce izin verilmediğine dikkat çekmiştir. Yine adı geçen organının saptamasına göre, başvurucular, emniyet müdürlüğünden cezaevine sevk edildikten sonra, birbiriyle çelişen raporların verildiği üç farklı muayeneden geçirilmişlerdir. Başvurucuların ilk muayeneden sonra emniyette bir gün daha geçirdikleri yönündeki iddialarını ve hükümet tarafından bu tutarsızlıklara ilişkin makul bir açıklama getirilmemesini göz önünde bulunduran AİHM, yaptığı değerlendirmede, başvurucuların vücudunda herhangi bir darp izine rastlanmadığını belirten ilk muayene raporunu dikkate almamıştır. Bu bağlamda adı geçen organ, birinci başvurucunun vücudundaki

⁸¹ **Algür v. Turkey: § 44.** Mahkeme, koruyuculardan yararlanma konusunu **Aksoy** kararında Sözleşme’nin 5. maddesindeki kişi özgürlüğü bağlamında ele almışken; **Algür** kararında Sözleşme’nin 3. maddesi bağlamında incelemiştir. Mahkeme **Aksoy** kararında şöyle demiştir: “Buna karşılık Mahkeme bu davada, uzun bir süre gözaltında tutulan başvurucuya yeterli koruyucular sağlanmadığını düşünmektedir. Özellikle bir avukata, doktora, akrabaya veya arkadaşına ulaşma hakkı verilmemesi ve gözaltında tutulmasının hukukilik denetimi yapabilecek bir mahkeme önüne çıkarılmak için gerçekçi bir olanak bulunmaması, başvurucuyu tamamen, kendisini tutanların insafına bırakmak anlamına gelmiştir.”: § 83.

⁸² **Tomasi v. France: § 108-111; Ribitsch v. Austria: § 34; Salman v. Turkey: § 100; Aksoy v. Turkey: § 62; Altay v. Turkey: § 50; Tekin v. Turkey: § 52-53; Süheyla Aydın v. Turkey: § 192; Selmouni v. France: § 87; Cafer Cangöz v. Turkey: § 25-32; Esen v. Turkey: § 25; Çolak and Filizler v. Turkey: § 30; Yaman v. Turkey: § 43; Karakaş and Yeşilirmak v. Turkey: § 35-41; Biyan v. Turkey: § 41.**

çürük ve morluklarla; ikinci başvuruçunun vücudundaki kızartı ve morluklara ilişkin hükümet tarafından makul bir açıklama getirilemediğine dikkat çekmiştir. Ayrıca hükümet, başvuruçuların vücutlarındaki şiddet izlerinin yakalanmalarından önce meydana gelmiş olabileceğini de ileri sürmemiştir.⁸³ AİHM, söz konusu semptomlardan hükümeti sorumlu tutmuş ve 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁴

Kötü muamelenin bilgi almak veya itirafa zorlamak amacıyla uygulandığı vakalarda ihlaller, daha çok sorgulama veya ifade alma sırasında meydana gelmektedir. Bu durumda ihlal cezaevinden çok, polis veya jandarma karakolunda ortaya çıkmaktadır. Bu gerçek, AİHM'in önene gelen davalarda da teyit edilmiştir. Örneğin **Tekin** davasında başvuruçuyu, jandarma karakolunda gözleri bağlı bir biçimde sorgulanmış, tacize uğramış, ölümle tehdit edilmiş, dört gün boyunca sıfır derecenin altında, yataksız, battaniyesiz, yiyecek ve içecek verilmeden tutulmuştur. Bir başka jandarma karakolunda gözleri yeniden bağlanmış, elbiseleri çıkartılarak soğuk suya tutulmuş, ayaklarının tabanına ve vücuduna copla vurulmuş, el ve ayak parmaklarına elektrik verilmiştir. Bu muameleler başvuruçunun tek böbrekli olduğu bilinmesine karşın yapılmıştır. Başvuruçuya yapılan muameleleri bir bütün olarak ele alan AİHM, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁵

AİHM bir başka davada, başvuruçunun karanlık ve soğuk bir hücrede gözleri bağlı bir biçimde tutulmasını, sorgusu sırasında vücudunda yara berelerin meydana gelmesini 3. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Aynı davada adı geçen organ, özgürlüğünden yoksun bırakılan ve kendi hareketleriyle güç kullanımına sebep olmayan bir kişiye karşı güç kullanmanın insan onurunu zedelediğine ve ilke olarak da adı geçen maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Bir başka anlatımla başvuruçunun hem tutulduğu koşulları, hem de vücudunda yara bereye neden olunmasını birlikte elen AİHM, bu davada insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁶

Bu noktada belirtilmesi gereken bir başka konu da başvuruçuların, işkence ve diğer kötü muamele iddialarını doktor raporuyla ispatlamak zorunda olmalarıdır. Başvuruçuların doktor raporu sunamadıkları davalarda iddialarını kanıtlamaları neredeyse olanaksızdır. Son zamanlarda gözlemlenen başka bir husus ise, AİHM'in "darp ve cebir izine rastlanmamıştır" türünden çok kısa ve yüzeysel doktor raporlarına itibar etmeme eğilimine girmiş olmasıdır. AİHM'in

⁸³ **Çolak and Filizler v. Turkey**: § 32.

⁸⁴ **Çolak and Filizler v. Turkey**: § 34.

⁸⁵ **Tekin v. Turkey**: § 49-51.

⁸⁶ **Kurt v. Turkey**: § 53; aynı yönde bkz. **Ribitsch v. Austria**: § 38.

bu eğilimine **Akkoç** kararı örnek olarak gösterilebilir. Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Ceza ve Muamelenin Önlenmesi Komitesi’nin standartlarına göndermede bulunan adı geçen organ, gözaltı sonrasında sanığın ayrıntılı bir biçimde uzman doktor muayenesinden geçirilmesinin, muayene sırasında kolluk kuvvetlerinin odada bulunmamasının ve sanığın doktora verdiği bilgilerin olduğu gibi rapora geçirilmesinin, gözaltında meydana gelen kötü muameleleri önlemeye yardımcı olabileceğini belirtmiştir.⁸⁷

Bu başlık altında **Öcalan** kararını ayrıntılı bir biçimde incelemekte yarar vardır; çünkü AİHM, AİHS’in 3. maddesine uygun yakalama, tutuklama ve mahkûmiyet koşullarını bu kararında ayrıntılı bir biçimde ortaya koymuştur.

Mahkeme önüne gelen davada ilk olarak kelepçe vurmaya değerlendirmiştir. Kelepçeleme, kişinin yakalanması aşamasında güvenlik önlemi amacı taşıyorsa, kişinin kaçma teşebbüsünde bulunmasını veya kendisine ve başkalarına zarar vermesini önlemeye dönükse, 3. maddeye aykırılık söz konusu değildir.⁸⁸ Mahkeme, başvurunun gözlerinin bağlanmasının da 3. maddeye uygun olup olmadığını değerlendirmiştir. Başvurucunun durumunu ve tutulmasına gösterilen tepkileri göz önüne alan adı geçen organ, bu önlemin amacının naklin sorunsuz bir biçimde gerçekleşmesini sağlamak olduğunu belirtmiş ve bunu küçük düşürücü muamele olarak kabul etmemiştir.⁸⁹ Başvurucunun denizaşırı bir ülkeden çıkarılmasını da, AİHM, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele olarak kabul etmemiştir.⁹⁰

Başvurucu, adada tek başına tutulduğu, avukatlarıyla ve ailesiyle görüşmesinde ciddi sınırlamalar olduğu, cezaevine geldiğinden bu yana sağlığının giderek bozulduğu, fiziksel egzersiz yapamadığı ve basınla iletişim kurması sınırlandırıldığı gerekçeleriyle de 3. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir.⁹¹ Mahkeme bu iddialar üzerine, sözleşmecî devletlerin, tutuklu ve hükümlülere, insan onuruna uygun koşulları sağlamakla yükümlü olduklarına dikkat çekmiştir. Bu çerçevede, tutuklu veya hükümlülere verilen cezaların uygulanma tarzı ve yöntemi, tutukluluk veya hükümlülük halinin doğasında var olan ıstırap düzeyini aşacak derecede, kişiyi kaygı ve sıkıntıya sokmamalıdır.

⁸⁷ **Akkoç v. Turkey**: § 118.

⁸⁸ **Öcalan v. Turkey**: § 223; **Öcalan v. Turkey** [GC]: § 184-85.

⁸⁹ **Öcalan v. Turkey**: § 224; **Öcalan v. Turkey** [GC]: § 184-85.

⁹⁰ **Öcalan v. Turkey**: § 227; **Öcalan v. Turkey** [GC]: § 184-85.

⁹¹ **Öcalan v. Turkey**: § 229.

Ayrıca devletler, tutuklu ve hükümlülerin sağlığı ve esenliği için gerekli tıbbi yardımları sağlamakla yükümlüdürler.⁹²

Aynı davada, tecritle ilgili iddiaları da değerlendiren AİHM, tam sosyal tecritle birlikte duymusal tecridin kişiliği yok edebileceğine dikkat çekmiş ve bunun güvenlik veya başka gerekçelere dayandırılmayacağına karar vermiştir. Bir mahkûmun gereksinim duyacağı kadar geniş, içinde yatak, masa, koltuk ve kitap raflarının bulunduğu bir hücrede tutulduğuna dikkat çekmiştir.⁹³ Başvurucuya kitap, gazete ve radyo sağlandığı, günde iki kez doktor tarafından muayene edildiği, haftada bir kez avukatları tarafından ziyaret edildiği, cezaevine ulaşımın zorluğu dışında, akrabalarının ziyaretine herhangi bir sınırlama getirilmediği gerekçeleriyle adı geçen organ, başvurucunun tecrit iddiasını yerinde bulmamıştır.⁹⁴

Öte yandan, adı geçen organa göre, mahkûmların birbirleriyle güvenlik, disiplin veya koruyucu nedenlerle görüşmesinin yasaklanması, tek başına, insanlık dışı muamele veya ceza oluşturmamaktadır.⁹⁵

Başvurucunun, silahlı ve büyük bir bölücü hareketin lideri olduğuna, Türkiye'de en tehlikeli terörist olarak görüldüğüne vurgu yapan AİHM, başvurucunun bir adada tek başına tutulmasını 3. maddeye aykırı bulmamıştır. Bu kararı verirken, başvurucunun hapisten kaçırılma olasılığını da dikkate almıştır.⁹⁶

AİHM'in yukarıda yer verilen kararları iki bakımdan büyük bir önem taşımaktadır: Birincisi, adı geçen organ, böyle vakalarda gözaltında tutulan kişinin savlarının doğruluğunu/geçerliliğini destekleyecek tanık bulunmadığı takdirde, tahmin yoluna başvurulacağına karar vermiş olmasıdır. Bir başka anlatımla, gözaltındaki kişideki yara berelerin kişi tutulmadan var olduğu veya bizzat kendisinin bunları meydana getirdiği ispatlanamazsa, söz konusu yara berelerin görevlilerden kaynaklandığı tahmin edilecektir. İkincisi ise, AİHM'in incelenen vakalar bağlamında, insanlık dışı muamele için gerekli gördüğü acı eşiğini düşürmüş olmasıdır. Adı geçen organın bu konudaki usamlamalarının çok kısa olduğu söylenebilir. Buna başlıca neden olarak, her ne nedenle olursa olsun, polis memurları veya diğer görevliler tarafından sorgu sırasında uygulanan muamelelere ilişkin kötü muamele kuşkusunun hiçbir biçimde

⁹² **Öcalan v. Turkey**: § 231; aynı yönde bkz. **Kudla v. Poland**: § 94; **Kalashnikov v. Russia**: § 95.

⁹³ **Öcalan v. Turkey**: § 233; **Öcalan v. Turkey** [GC]: § 190-96.

⁹⁴ **Öcalan v. Turkey**: § 234.

⁹⁵ **Öcalan v. Turkey**: § 232.

⁹⁶ **Öcalan v. Turkey**: § 233.

meşrulaştırılamayacağı gösterilebilir. İncelenen vakalarda meşruluk ögesinin yokluğu çok güçlüdür. Yine incelenen kimi davalarda AİHM’in insanlık dışı muameleye ek olarak, küçük düşürücü muameleye de karar vermiş olmasının çok yerinde olduğu vurgulanmalıdır. Bireylerle karşı karşıya kalan ve üstün durumda olan kamu görevlilerinin gözaltındakilere kötü davranmalarının küçültücü muamele olduğu açıktır. AİHM’in bu uslamasına dayanarak, insanlık dışı muamelenin küçük düşürücü muamelenin güçlendirilmiş şekli olduğu sonucuna ulaşılabilir. Zira küçük düşürülme muamelelerinde zihinsel ve fiziksel acı, insanlık dışı muameledekinden daha az rol oynamaktadır.

3. Yakınları Gözaltında Kaybolan Kişilerin Maruz Kaldıkları İnsanlık Dışı Muameleler

Kayıp vakaları, bir kişinin devlet görevlileri veya onlar adına hareket eden kimselerce kayıt dışı olarak alıkonulması durumunda ortaya çıkmaktadır. Kayıt dışı alıkoyma uygulamaları çoğunlukla kayıp kişinin öldüğünün yetkili makamlarca kabul edilmesi veya kayıp kişinin akıbeti konusunda sessiz kalınması ya da aile bireylerinin o kişinin öldüğüne inanmaları ile sonuçlanmaktadır.

Bu bağlamda AİHM’in önüne çok sayıda dava gelmiştir. Adı geçen organ bu konudaki ilk kararını **Kurt** davasında vermiştir. Karara konu olan vakada 23 Kasım 1993’te Bismil’in Ağıllı köyüne gelen güvenlik güçleri tarafından gözaltına alınan Üzeyir Kurt’un annesi, oğlunun askerler ve köy korucuları elinde kaybolduğu iddiasıyla savcıya başvurmuştur. Başvurucu, oğlunun gözaltına alınmasına bizzat tanık olduğunu, o günden sonra oğlunu bir daha göremediğini ve can güvenliğinden kaygı duyduğunu belirtmiş; ancak savcı bu şikâyeti ciddiye almamıştır. Sonuçta başvurucu, oğlunun alıkonulması ve daha sonra başına gelenler hakkında hiçbir bilgi alamayışının yarattığı acıyla baş başa kalmıştır. Başvurucunun mağdurun annesi olmasını ve yetkililerin acısına, endişesine kayıtsız kalmaları nedeniyle mağdur duruma düştüğünü dikkate alan AİHM, 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bununla birlikte, adı geçen organ, bu kararın, kayıp kişinin tüm aile bireylerinin 3. maddeye aykırı muamelenin mağduru olduğu yolunda genel bir ilke oluşturmadığının altını açıkça çizmiştir.⁹⁷

Bu çerçevede incelenecek örneklerden biri de **Taş** kararıdır. Karara konu olan vakada kayıp kişinin babası olan başvurucu, oğlunun gözaltına alındığını duyar duymaz, akıbeti hakkında bilgi almaya çalışmıştır. Bu çerçevede, jandarmaya ve savcıya başvurarak oğlunu görmek istemiştir. Savcı bir ay sonra verdiği cevapta, oğlunun kaçtığını bildirmiş; ancak soruşturma

⁹⁷ **Kurt v. Turkey**: § 133-34.

başlatmamıştır.⁹⁸ AİHM önüne gelen davada, bir aile bireyinin yakınının gözü altında kaybolması nedeniyle mağdur olup olmadığına karar verilmesinin, başvurucunun çektiği sıkıntı ve üzüntüye farklı bir boyut kazandıran kimi özel etmenlerin varlığına bağlı olduğuna karar vermiştir. Bu etmenlerden biri, aile bireyleri arasındaki yakınlıktır. Bu bağlamda AİHM, ebeveyn çocuk bağına özel bir önem vermektedir. Ayrıca başvurucunun söz konusu olaylara ne derecede tanık olduğu, kayıp kişi hakkında bilgi edinmek için gösterdiği çaba ve bu çabalara yetkililerin verdiği yanıt da de adı geçen organ tarafından dikkate alınmaktadır. Bir başka anlatımla adı geçen organ, bir muameleyi insanlık dışı muamele olarak nitelendirirken, yalnızca aile bireyinin kaybolmasını yeterli bulmamakta; bunun yanında bu olay yetkililerin dikkatine sunulduğunda, bunların olaya gösterdikleri tepkiyi de dikkate almaktadır.⁹⁹

AİHM, **Çakıcı** davasında da benzer bir durumu incelemiştir. Karara konu olan vakada başvurucu, **Kurt** kararına dayanarak, kardeşinin kaybolmasının, ondan uzun süre haber alamamasının kendisi açısından insanlık dışı muamele oluşturduğunu ileri sürmüştür.¹⁰⁰ AİHM, önüne gelen davada, başvurucunun, kayıp kişinin erkek kardeşi olmasına ve ilişkilerinin niteliğine dikkat çekerek şunları belirtmiştir:

Kurt davasındaki başvurunun aksine, güvenlik güçleri başvurucunun kardeşini götürdükleri zaman, başvurucu, başka bir yerde kendi ailesi ile birlikte yaşadığı için, olay yerinde değildi. Başurucu, yetkililere başvuruda bulunup sorular yöneltirken bu görevi tek başına yüklenmemiştir; babası Tefik Çakıcı 22 Aralık 1993 tarihinde Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Yetkililerin verdiği yanıtların neden olduğu ağırlaştırıcı detaylar bu davada AİHM'in dikkatine sunulmamıştır. Sonuç olarak AİHM, bu davada başvurucunun kendisi ile ilgili olarak, AİHS'in 3. maddesinin ihlal edildiği iddiasını savunacak hiçbir özellik tespit etmemiştir. Bu sebepten dolayı, başvurucu açısından AİHS'in 3. maddesinin ihlali söz konusu değildir.¹⁰¹

AİHM, **Timurtaş** davasında ise, oğlunun kayıp olması nedeniyle babası bakımından insanlık dışı muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Adı geçen organ, başvurucunun kayıp kişiyle olan yakın aile bağlarına ek olarak, oğlunun kayıp olduğu kendilerine bildirildiğinde yetkililerin gösterdikleri tepkileri de dikkate almıştır. AİHM, başvurucunun iddiaları hakkında soruşturmanın hızdan ve etkenlikten uzak olmasını; ayrıca güvenlik güçlerinin

⁹⁸ **Taş v. Turkey**: § 9-30.

⁹⁹ **Taş v. Turkey**: § 79.

¹⁰⁰ **Çakıcı v. Turkey**: § 94.

¹⁰¹ **Çakıcı v. Turkey**: § 99.

başvurucunun iddiası karşısında duyarsız kalmalarını ve başvurucunun oğlunun akıbeti hakkındaki kaygılarının kararın verildiği güne kadar devam etmiş olmasını dikkate almış ve insanlık dışı muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁰² Bir başka kararda AİHM, HADEP Silopi İlçe Başkanı Serdar Tanış ile yardımcısı Ebubekir Deniz’in, Şırnak Jandarma Komutanlığına teslim olduktan sonra bir daha kendilerinden haber alınamadığı iddiasıyla dava açan yakınları/eşleri açısından insanlık dışı muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁰³

AİHM, bir kişinin yakınının gözaltında kaybolmasından dolayı insanlık dışı muameleyle maruz kaldığına karar verirken iki koşulu birlikte aramaktadır. Bunların ilki, başvurucunun yakınının kayıp edilmesinden dolayı duymuş olduğu sıkıntı ve üzüntü; ikincisi kayıp olma durumu yetkililerin dikkatine sunulduğunda, yetkililerin başvurucunun kaygılarına kayıtsız ve duyarsız kalmalarıdır.

SONUÇ

1990’lı yılların ilk yarısından itibaren Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlali iddiasıyla Türkiye’ye karşı AİHM’de davalar açılmaya başlamıştır.¹⁰⁴ Mahkeme’nin yargı yetkisinin Türkiye tarafından 22 Ocak 1990’da kabul edildiği¹⁰⁵ anımsanacak olursa, adı geçen maddenin ihlali iddiasıyla ilgili başvuruların, yargı yetkisinin tanınmasından kısa bir süre sonra başladığı görülmektedir. AİHM’de açılan davaların, neredeyse tümünün, Güneydoğu ve Doğu illerinde meydana gelen kötü muamele iddialarıyla ilgili olduğu söylenebilir. Buna bağlı olarak, adı geçen bölgelerde o yıllarda yaşanan terör olaylarıyla, söz konusu maddenin ihlali arasında yakın bir ilişki olduğu değerlendirmesi yapılabilir.

İhlaller köy boşaltma/ev yakma, Filistin askısına asma, elektrik şoku verme, dayak, tecavüz, kişilerin yakınlarının gözaltında kaybolması, gözaltında kötü muamele şeklinde meydana gelmiştir.

İşkence ve insanlık dışı muamele yasağının ihlali nedeniyle AİHM’in Türkiye aleyhine çok sayıda karar vermesi üzerine, bu ihlalleri önlemek

¹⁰² **Timurtaş v. Turkey**: § 95; aynı yönde bkz. **Yaşa v. Turkey**: § 114; **Çakıcı v. Turkey**: § 98; **Kurt v. Turkey**: § 140; **Orhan v. Turkey**: § 358; **Çicek v. Turkey**: § 170-74; **İpek v. Turkey**: § 183.

¹⁰³ **Tanış and Others v. Turkey**: § 218-20.

¹⁰⁴ Bu çerçevede AİHM’de ilk dava (**Dikme v. Turkey**) 1992 yılında açılmıştır.

¹⁰⁵ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996, s. 23.

amacıyla kimi hukuksal düzenlemeler yapılmıştır. Bu çerçevede önce Ağustos 1999'da, Türk Ceza Kanunu'nun işkence ve diğer kötü muamelelerle ilgili maddeleri değiştirilerek, bu muamelelerin tanımı uluslararası sözleşmelere uygun hale getirilmiştir. Bu arada işkence suçuna verilen cezalar artırılmıştır.¹⁰⁶ Daha sonra, 2005 yılında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmiştir. Yeni yasa işkence uygulayanlara verilen cezaları daha da artırmıştır.¹⁰⁷

Bu çerçevede alınan önlemlerden birisini de Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin¹⁰⁸ etkili bir biçimde uygulanmasını ve uygulanmasının sıkı bir biçimde denetlenmesini sağlamak üzere Başbakanlık tarafından Haziran 1999'da yayımlanan genelge oluşturmaktadır. Bu genelgeyle, kötü muamelelere uygulanan cezalar artırılmış, ayrıca gerçeğe aykırı rapor düzenleyerek bu muameleleri gizleyen sağlık personeline verilen cezalar artırılmıştır. 3 Aralık 1999'da Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kabul edilerek, kamu görevlileri hakkında soruşturma ve takibatın hızlandırılması olanaklı hale getirilmiştir. Ayrıca 26.3.2002 gün ve 4748 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 3. maddesi ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesine bir fıkra eklenerek,¹⁰⁹ AİHS'in 3. maddesinin ihlali nedeniyle

¹⁰⁶ Madde şu şekildedir: "Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir. Fiil neticesinde ölüm vukua gelirse 452 nci, sair hallerde 456 nci maddeye göre tertip olunacak ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

¹⁰⁷ Yeni yasaya göre işkence uygulayan kamu görevlisine verilen cezanın alt sınırı üç yıl üst sınırı ise on iki yıl olarak belirlenmiştir. Ancak bu suç belli kişilere karşı işlenirse ve neticesi daha ağır olursa bu cezalar da artmaktadır (md. 94-95).

¹⁰⁸ Bu yönetmelik 1/10/1998 tarihli ve 23480 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanmış ve 01/06/2005 tarihli ve 25832 sayılı *Resmî Gazete*'de yayımlanan ve aynı adı taşıyan yönetmelikle yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁰⁹ Madde şu şekildedir: "14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13 üncü maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir. İşkence ya da zalimane, gayri insani veya haysiyet kırıcı muamele suçları nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilen kararlar sonucunda Devletçe ödenen tazminatlardan dolayı sorumlu personele rücu

verilecek mahkûmiyet kararlarından dolayı ödenecek tazminatların, bu maddeyi ihlal eden kamu personelinden tahsil edilmesinin yolu açılmak suretiyle, kötü muameleler konusunda caydırıcı bir etki yaratılmak istenmiştir.¹¹⁰ Bunun yerinde bir düzenleme olduğu söylenebilir.

İncelenen olaylar, 3. maddeye ilişkin ihlallerin, daha çok, kişilerin gözaltında bulunduğu sırada meydana geldiğini göstermiştir. Bu tür ihlalleri önlemek amacıyla, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’nın 91/1 maddesi gözaltına alma koşullarını ve gözaltı sürelerini düzenlemiştir. Buna göre yakalanan kişi, savcılıkça bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre on iki saatten fazla olamaz. Adı geçen Kanun’un 91/2 maddesi, gözaltına alma koşullarını düzenlemiştir. Buna göre, gözaltına alma, bu önlemin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlıdır. CMK’nin 92/1 maddesi de, savcılara, gözaltına alınan kişilerin bulundurulacakları nezarethaneleri, varsa ifade alma odalarını, bu kişilerin durumlarını, gözaltına alınma neden ve sürelerini, gözaltına alınma ile ilgili tüm kayıt ve işlemleri denetleme ve sonuçlarını da Nezarethaneye Alınanlar Defterine kaydetme görevini vermektedir. Yine bu noktada gözaltındaki ihlal iddialarını önlemenin bir yolu da, ifade ve sorgunun görüntü kaydedici cihazlarla kaydedilmesidir. CMK’de de bunu yasaklayan bir düzenleme bulunmadığına göre bu yola başvurulabilir. Ayrıca CMK’nin 99. maddesinde gözaltı işlemleri için yönetmelik çıkarılacağı belirtilmiş, bu yönetmelik yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmelikte yakalama ve gözaltı işlemleri ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Burada özellikle incelenen konu yönünden Yönetmeliğin 9. maddesinden söz etmek

edilmesi hakkında da yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.” Burada atıf yapılan yukarıdaki fıkra şu şekildedir: “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar. Ancak, Devlet dairelerine tevdi veya bu dairelerce tahsil veya muhafaza edilen para ve para hükmündeki değerli kağıtların ilgili personel tarafından zimmete geçirilmesi halinde, zimmete geçirilen miktar, cezai takibat sonucu beklenmeden Hazine tarafından hak sahibine ödenir. Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.”

¹¹⁰ Bu düzenlemeye ilişkin bir değerlendirme için bkz. SANCAR, Türkan Y. “İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt: 57, Sayı: 4, 2002, s. 158-69.

gerekmektedir. Adı geçen maddede, işkence olaylarının engellenmesi için İşkenceyi Önleme Komitesinin önerilerine uygun olarak gözaltına alma işlemi sırasında sağlık kontrolü işlemlerine yer verilmiştir.¹¹¹

¹¹¹ Adı geçen madde şu şekildedir: “Yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması hâllerinde hekim kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumu belirlenir. Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumu hekim raporu ile tespit edilir. Gözaltına alınanlardan herhangi bir nedenle sağlık durumu bozulanlar ile sağlık durumundan şüphe edilenler, derhâl hekim kontrolünden geçirilerek gerekiyorsa tedavileri yaptırılır. Bu durumdaki kişilerden kronik bir rahatsızlığı olanların, istekleri hâlinde varsa kendi hekimi nezaretinde resmî hekim tarafından muayene ve tedavi edilmeleri sağlanır. Gözaltına alınan kişinin ifadesini alan veya soruşturmayı yürüten kolluk görevlisi ile bu kişiyi tıbbî muayeneye götüren kolluk görevlisinin farklı olması zorunludur. Ancak personel yetersizliği nedeniyle farklı kolluk görevlisinin bulunmaması hâlinde bu durum belgelendirilir. Tıbbî muayene, kontrol ve tedavi, adli tıp kurumu veya resmî sağlık kuruluşlarınca yapılır. Hekim raporu üç nüsha hâlinde düzenlenir. Kolluk görevlileri tarafından, hekim raporunu verecek birime, yakalananın nezarethaneye giriş raporu mu, yoksa çıkış raporu için mi getirildiği yazılı olarak bildirilir. Yakalama veya nezarethaneye giriş raporunun bir nüshası raporu tanzim eden sağlık kuruluşunda saklanır, ikinci nüshası gözaltına alınana, üçüncü nüsha ise soruşturma dosyasına eklenmek üzere ilgili kolluk görevlisine verilir. Gözaltı süresinin uzatılması veya yer değişikliği ya da nezarethaneden çıkış sırasında düzenlenen hekim raporlarından; bir nüshası sağlık kuruluşunda saklanır, iki nüshası ise raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca kapalı ve mühürlü bir zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet başsavcılığına en seri şekilde gönderilir. Bunlardan bir nüshası Cumhuriyet savcısı tarafından gözaltına alınanın kendisine veya vekiline verilir, bir nüshası ise soruşturma dosyasına eklenir. Bu raporların düzenlenmesinde ve Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 157’nci maddesinde belirtilen gizlilik kurallarına uyulur ve bu amaçla gerekli tedbirler ilgili sağlık kuruluşunca alınır. Hekim muayene esnasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 94 üncü maddesinde belirtilen işkence, 95’inci maddesinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve 96’ncı maddesinde belirtilen eziyet suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlaması hâlinde, keyfiyeti derhâl Cumhuriyet savcısına bildirir. Bu durumda Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 7 ve 8’inci maddesine göre işlem yapılır. Hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmaları, muayenenin hekim hasta ilişkisi çerçevesinde yapılması esastır. Ancak, hekim kişisel güvenlik endişesini ileri sürerek muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını

Kötü muamele iddialarının soruşturulması konusunda savcılar yaşamsal bir konuma sahiptirler. Bu çerçevede savcılar, kötü muamele iddialarıyla ilgili olarak, kolluk mensuplarını sorgulamaktan kaçınmamalıdır. Yine bu çerçevede savcılar, kötü muamele iddialarıyla ilgili bilgilerin doğrulanması için gerekli araştırmaları yapmalı, kolluk güçlerince verilen bilgilerdeki çelişkileri, tutarsızlıkları ve boşlukları görmezden gelmemelidirler.¹¹² Kötü muamele iddiaları konusunda adli tıp delilleri de dâhil olmak üzere, bağımsız ve doğrulayıcı bilgileri elde etmeye çalışmalıdırlar. Savcılar, özellikle, devlet görevlilerinin haklı olduğu ve kişide görülen her türlü kötü muamele izinin yasal bir uygulama sonucunda oluştuğu veya şikâyetle bulunan kişinin davranışı nedeniyle gerekli olduğu gibi varsayımlardan kaçınmalıdırlar.¹¹³ Bu tür yaklaşımların daha çok işkence iddialarıyla ilgili vakalarda ortaya çıktığı görülmektedir.¹¹⁴

Soruşturma esnasında sorun yaratan bir başka konu da doktor ve adli tıp muayeneleridir. Birbiriyle çelişen iki ifadenin doğrulanmasında güvenilir tıbbi raporlar belirleyici bir işlev gördüğünden, bu raporların yalnızca varlığı yeterli değildir; aynı zamanda bunların bağımsız kişilerce hazırlanması ve eksiksiz olması da gerekmektedir. Alıkonulan kişilere uygulanan adli tıp muayenelerindeki yetersizlikler, muayenenin uzman olmayan hekimlerce yapılması, hazırlanan raporlarda başvuru iddialarına ayrıntılı olarak yer verilmemesi veya raporların herhangi bir sonuç içermemesi, vücuttaki izlerin fotoğraflarının çekilmemesi veya analizlerinin yapılmaması, düzenlenen raporun açık bir biçimde polis memuruna teslim edilmesi, 3. madde kapsamındaki usulî hakları ihlal etmektedir.¹¹⁵ Bu konudaki ihlalleri aşmanın bir yolu da, şüpheliye

isteyebilir. Bu istek belgelendirilerek yerine getirilir. Bu durumda gözaltına alınan kişinin talebi hâlinde müdafî de muayene sırasında gecikmeye neden olmamak kaydıyla hazır bulunabilir.”

¹¹² Bu durum 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Küba'nın Havana şehrinde yapılan 8. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Konferansında kabul edilen Savcıların Rolüne Dair İlkeler'in 15. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Savcılar, kamu görevlileri tarafından işlenen suçları, özellikle, rüşvet, yetki suiistimali, ağır insan hakları ihlali ile uluslararası hukuk tarafından tanınan diğer suçların kovuşturulmasına ve kanunen yetkili kılınmaları veya ülkedeki uygulamalara uygun olması halinde bu suçların soruşturulmasına yeterli özeni gösterirler.”

¹¹³ REIDY, Aisling, **İşkencenin Yasaklanması**, Ankara Açık Cezaevi Basımevi, Ankara, 2003, s. 40.

¹¹⁴ **Aydın v. Turkey**: § 106; **Aksoy v. Turkey**: § 189; **Çakıcı v. Turkey**: § 284.

¹¹⁵ **Aydın v. Turkey**: § 107.

kolluk güçleri tarafından seçilen hekimden başka bir hekime başvurma hakkının tanınmasıdır. Bu hekim o yerde bulunan resmi görevli veya serbest çalışan bir hekim olabilir.¹¹⁶

Başvuruculara veya mağdur olduğunu iddia eden kişilerin akrabalarına, hukuksal sürecin işleyişi veya soruşturmanın sonuçları hakkında bilgi verilmemesi veya geç bilgi verilmesi de 3. madde kapsamında sorunlar yaratmaktadır. Bu tür ihlalleri ortadan kaldırmak amacıyla CMK'nin 95/1 maddesinde, şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, savcının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verileceği düzenlenmiştir. Adı geçen yasa, ayrıca, kişi tutuklandığında da bir yakınına veya istediği bir kişiye haber vermesini; hatta soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek kaydıyla, durumu bir yakınına veya belirlediği bir kişiye bizzat bildirmesini de olanaklı hale getirmiştir (m. 107/1-2).

Sözleşme'nin 3. maddesi çerçevesindeki ihlalleri önlemek amacıyla CMK ile getirilen önlemlerden biri de yasak sorgu yöntemleridir. Yasanın 148. maddesinde sorgu sırasında yasak olan yöntemler belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz, yasaya aykırı bir yarar vaat edilemez, yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. Ayrıca müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmaz. Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması gereksinimi ortaya çıktığında, bu işlem ancak savcı tarafından yapılabilir. Bu yasak sorgu yöntemleriyle alınan ifadelerin hükme esas alınmayacağı düzenlemesiyle işkence ve kötü muamelelere neden olan amaç ortadan kaldırılmak istenmiştir. Ayrıca işkence ve diğer kötü muamele iddiaları en çok güvenlik görevlilerin ifade almaları sırasında meydana geldiğinden müdafî hazır bulunmasızın jandarma veya polisçe alınan ifadenin sanığın kabul etmemesi durumunda hükme esasa olmayacağı da bu nedenlerle kabul edilmiştir.

Bu düzenlemelerin Sözleşme normlarına uygun olduğu ve bunların uygulamaya yansımaları durumunda işkence ve diğer kötü muamelelerin asgari düzeye ineceği söylenebilir.

¹¹⁶ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa R./SANCAKDAR, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara Açık Cezaevi, Ankara, 2004, s. 166.

KAYNAKÇA

A.Kitaplar ve Makaleler

AKILLIOĞLU, Tekin, “İşkencenin, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı, Zalimce Davranışların ve Cezaların Önlenmesi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 10, 1988, s. 17-64.

ALVANI, Taha C. “İslamda Sanık Hakları”, **İslami Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 3, 1995, S. 2, s. 83-97.

ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Seçkin, Ankara 2002.

BERNHARDT, Rudolf, “Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties”, MATSCHER, Franz ve diğerleri (der.), **Protecting Human Rights: The European Dimension** içinde, Heymans, Köln, 1988, s. 65-71.

CLAYTON, R/Tomlinson, H, **The Law of Human Rights**, V. I, Oxford University Pres, 2000.

DANELIUS, Hans, “Protection Against Torture in Europe and the World”, MACDONALD, R. St. J. ve diğerleri (der.), **The European System for the Protection of Human Rights** içinde, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, s. 263-275.

DAVIDSON, Lawrence, **Torture in Our Time**, <http://www.logosjournal.com> (Erişim tarihi: 15.05.2007).

DEMİRBAŞ, Timur, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992.

DOĞRU, Osman, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.

DÜZDAĞ, M.E. **Şeyhülislam Ebussuud Efendi Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı**, İstanbul, 1983.

FROWEIN, Joechen Abr. “Contemporary Interpretation of Human Rights”, **Constitutional Jurisdiction**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 1993, s. 119-123.

GEMALMAZ, Mehmet S. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda İşkencenin Önlenmesi**, Amaç Yayıncılık, İstanbul, 1990.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996.

JACOBS, Francis G/WHITE, Robin C.A. **The European Convention on Human Rights**, (Second Edition), Clarendon Pres, Oxford, 1996.

KELLAWAY, Jean, **The History of Torture and Execution: From Early Civilization through Medieval Times to the Present**, The Lyons Pres, 2002.

KERRIGAN, Michael, **The Instruments of Torture**, The Lyons Pres, 2001.

LANGBEIN, John H. **Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime**, University of Chicago Pres, 1977.

LYONS, Lewis, **The History of Punishment**, The Lyons Pres, 2003.

MANNIX, Daniel P. **The History of Torture**, Sutton Publishing, 2003.

MATSCHER, Franz, "Methods of Interpretation of the Convention", R. St. J. Macdonald ve diğeri (der.), **The European System for the Protection of Human Rights** içinde, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, s. 63-82.

MORGAN, Rod/EVANS, Malcolm, **Combating Torture in Europe: The Work and Standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT)**, The Stationery Office Boks, 2001.

NAL, Sabahattin, "Parti Yasaklamada ve Kapatmada 'Demokratik Toplum Düzeni' Ölçütü", Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi, Ankara, 2000.

NUHOĞLU, Ayşe, "İşkence Yasağı ve İşkence Suçu", **Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, Yayın No: 8, İstanbul, 1999, s. 527-584.

ÖNDER, Ayhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Beta, İstanbul 1991.

ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.

ÖZGENÇ, İzzet/ŞAHİN, Cumhur, "İşkence Suçu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, (Haziran-Aralık 2000), C. IV, S. 1-2, s. 178-200.

REIDY, Aisling, **İşkencenin Yasaklanması**, Ankara Açık Cezaevi Basımevi, Ankara, 2003.

SANCAR, Türkan Y. "İşkence Yapan Kamu Personeline Rücu Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 4, 2002, s. 153-169.

SCOTT, Ryley George, **İşkence Tarihi**, (Çev. KOYUKAN, Hamide), Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2003.

SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku, Özel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 1997.

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa R/SANCAKDAR, Oğuz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara Açık Cezaevi, Ankara, 2004.

ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003

van DIJK, P/van HOOFF, G.J.H. **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Kluwer, Deventer, 1998.

B. Göndermede Bulunulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- Application no. 5310/71, Ireland v. the UK, 18.01.1978.
Application no. 5856/72, Tyrer v.the UK, 25.04.1978.
Application no. 7367/76, Guzzardi v. Italy, 06.11.1980.
Application no. 10533/83, Herczegfalvy v. Austria, 24.09.1992.
Application no. 12850/87, Tomasi v. France, 27.08.1992.
Application no. 14038/88, Soering v. the UK, 07.07.1989.
Application no. 15576/89, Cruz Varas and Others v. Sweden, 20.03.1991.
Application no. 18896/91, Ribitsch v. Austria, 04.12.1995.
Application no. 20869/92, Dikme v. Turkey, 11.07.2000.
Application no. 21986/93, Salman v. Turkey, 27.06.2000 [GC].
Application no. 21987/93, Aksoy v. Turkey, 18.12.1996.
Application no. 22277/93, İlhan v. Turkey, 27.06.2000.
Application no. 22279/93, Altay v.Turkey, 22.05.2001.
Application no. 22414/93, Chahal v. the UK., 15.11.1996.
Application no. 22494/93, Hasan İlhan v. Turkey, 09.11.2004.
Application. no. 22495/93, Yaşa v. Turkey, 02.09.1998.
Application no. 22496/93, Tekin v. Turkey, 09.06.1998.
Applications nos. 22947/93-22948/93, Akkoç v. Turkey, 10.10.2000.
Applications nos. 23184/94-23185/94, Selçuk and Asker v. Turkey, 24.04.1998.
Application no. 23178/94, Aydın v. Turkey, 25.09.1997.
Application no. 23531/94, Timurtaş v. Turkey, 13.06.2000.
Application no. 23657/94, Çakıcı v. Turkey, 08.07.1999.
Application no. 23819/94, Bilgin v. Turkey, 16.11.2000.

- Application no. 24276/94, Kurt v. Turkey, 25.05.1998.
Application no. 24396/94, Taş v. Turkey, 14.11.2000.
Application. no. 24531/94, Aktaş v. Turkey, 24 April 2003.
Application no. 24760/94, Assenov and Others, 28.01.1998.
Application no. 25656/94, Orhan v. Turkey, 18.06.2002.
Application no. 25657/94, Avşar v. Turkey, 01.07.2001.
Application no. 25660/94, Süheyla Aydın v. Turkey, 24.05.2005.
Application no. 25704/94, Çicek v. Turkey, 21.0.2.2001.
Application. no. 25760/94, İpek v. Turkey, 17.02. 2004.
Application no. 25801/94, Dulas v. Turkey, 30.01.2001.
Application no. 25803/94, Selmouni v. France [GC], 28.7.1999.
Application no. 27244/95, Tepe v. Turkey, 09.05.2003.
Application no. 26973/95, Yöyler v. Turkey, 24.01.2003.
Application no. 28039/95, Cafer Cangöz v. Turkey, 04.10.2005.
Application no. 29422/95, Ayşe Tepe v. Turkey, 22.07.2003.
Application no. 29484/95, Esen v. Turkey, 22.07.2003.
Application no. 29485/95, Yaz v. Turkey, 22.07.2003.
Application no. 30210/96, Kudla v. Poland, 26.10.2000.
Application no. 31889/96, Abdurrahman Orak v. Turkey, 14/02/2002.
Application no. 32574/96, Algür v. Turkey, 22/10/2002.
Applications nos. 32578/96-32579/96, Çolak and Filizler v. Turkey, 08.01.2004.
Application no. 33097/96- 57834/00, Batı and Others v. Turkey, 03.09.2004.
Application no. 37049/97, Yaman v. Turkey, 22.05.2003.
Application no. 43925/98, Karakaş and Yeşilırmak v. Turkey, 28.06.2005.
Application no. 46221/99, Öcalan v. Turkey, 12.03.2003.
Application no. 46221/99, Öcalan v. Turkey, 12.05.2005 [GC].
Application no. 47095/99, Kalashnikov v. Russia, 15.07.2002.
Application no. 54430/2000, S.B and H.T v. Turkey, 05.07.2005.
Application no. 56363/00, Biyan v. Turkey, 03.05.2005.
Application no. 65899/01, Tanış and Others v. Turkey, 02.08.2005.
Application no. 65436/01, Henaf v. France, 27/11/2003.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye'de İşkence

Application no. 21893/93, Akdívar and Others v. Turkey, 16/09/1996.

ALMANYA'DA İDARİ YARGI TEŞKİLATI

Yrd. Doç. Dr. Bülent KENT*

ÖZET

Bu çalışmada, Alman İdari Yargısı'nın tarihi gelişimi ve örgütlenişi incelenmiştir. Öncelikle Almanya'daki yüksek mahkemeler, daha sonra da idari yargının özelliklerinin neler olduğu açıklanmıştır. İlgili kanunlarda yer alan hükümler değerlendirilmiştir. Bunun yanı sıra idari mahkemelerin türleri, görevleri ve yargıçların atanmasına yer verilmiştir.

ANAHTAR KELİMELER: Almanya, idari yargı, idari mahkemelerin görevleri ve yapısı, idare mahkemeleri hakimleri.

AUFBAU DER VERWALTUNGSGERICHTSBARKEIT IN DEUTSCHLAND

ZUSAMMENFASSUNG

İn der vorliegenden Arbeit wurde die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Aufbau der Verwaltungsgerichte in Deutschland bearbeitet. Zuerst wurde die Oberste Gerichtshöfe des Bundes und die Merkmale der Verwaltungsgerichtsbarkeit erläutert. Danach wurden die Aufgaben der Verwaltungsgerichte und die Ernennung der Richter geklärt.

SCHLÜSSELWÖRTER: Deutschland, Verwaltungsgerichtsbarkeit die Aufgaben und der Aufbau, der Verwaltungsgerichte Richter der Verwaltungsgerichte

I. GİRİŞ

Hukuk Devleti ilkesi, idarenin hukuka bağlılığını ve idari faaliyetlerin hukuk kuralları içinde yürütülmesini gerekli kılmaktadır. Bu nedenle idarenin ve idari faaliyetlerin hukuk tarafından düzenlenmesi ve yargı yolu ile denetlenmesi zorunludur. İdarenin ve idari faaliyetlerin hukuk kurallarınca düzenlenmesinde uygulanan sistemlerden birisi de "İdari rejim"dir.

İki ayrı hukuk ve iki ayrı yargı sistemi olarak adlandırılan idari rejimde, idare ve idarenin işlem ve eylemlerine, bireyler hakkında uygulanan ve bireylerin ilişkilerini düzenleyen hukuktan tamamen bağımsız bir hukuk olan

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

İdare Hukuku uygulanmakta ve bu uygulamadan doğan uyuşmazlıklar da, adli mahkemeleri dışında ayrı yargı mercileri tarafından ve değişik yargılama usulleri izlenerek çözümlenmektedir.

Çalışmamızda İdarenin ve idari faaliyetlerin hukuk kurallarınca düzenlenmesi ve yargı yolu ile denetlenmesinde idari rejimin uygulandığı Almanya İdari Yargı Teşkilatı'nı inceledik. Ön bilgi olması açısından çalışmamıza Almanya'da ki Yüksek Mahkemelerin kısaca tanıtımı ile başlayacağız.

II. ALMANYA'DA YÜKSEK MAHKEMELER

Alman Federal Anayasa'sının 9. bölümünde "güçler ayrılığı" ilkesinin üçüncü ayağı olan "bağımsız yargı" (92- 104 maddeler) yer almaktadır. Bu bölüm ile "hukuk devleti" kavramının organizasyonel olarak düzenlenmesinin yapıldığı, somutlaştırıldığı kabul edilmektedir¹. Düzenlemeye göre, yargı yetkisi hakimlere aittir; bu yetki, Federal Anayasa Mahkemesi, Federal Anayasa'da öngörülen federal mahkemeler ve eyaletlerin mahkemeleri aracılığıyla kullanılır.

Federal Anayasa'nın 95/1 maddesine göre, Almanya'da adli, idari, mali, iş ve sosyal yargı alanları için yüksek mahkemeler olarak Federal Yargıtay (Bundesgerichtshof), Federal İdare Mahkemesi (Bundesverwaltungsgericht), Federal Sayıştay (Bundesfinanzhof), Federal İş Mahkemesi (Bundesarbeitsgericht) ve Federal Sosyal Mahkemesi (Bundessozialgericht) kurulmuştur. Böylece yüksek yargı organları hem sayısızca sınırlanmış, hem de devlet teşkilatı içindeki varlıkları açıkça anayasal koruma altına alınmıştır². Sonuç olarak, Anayasa değişikliği yapılmadan ortadan kaldırılmaları mümkün olmadığı gibi birleştirilmeleri de engellenmiştir³.

Federal Anayasa Mahkemesi dışındaki yüksek mahkemeler, Federal Anayasanın güvencesi altına alınmış olmasına rağmen "anayasal organ" (Verfassungsorgan) olarak kabul edilmemektedir. Werner'e göre bir kamu kurumunun anayasal organ statüsüne sahip olabilmesi için bu kurumun, ortaya çıkışı, varlığı ve anayasal faaliyetleri (verfassungsmässige Tätigkeit) devletin oluşmasında ve devletin birliğinin sağlanmasında temel bir etken olması gerekmektedir⁴. Dolayısıyla Werner'e göre, Federal Anayasa'da anılan yüksek

¹ Hesselberger, Dieter: Das Grundgesetz : Kommentar für die politische Bildung, Neuwied 1999, s. 309; Katz, Alfred: Staatsrechts , Heidelberg 1996, s. 242.

² Bruno, Schmidt-Bleibtreu/ Franz, Klein: Kommentar zum Grundgesetz, Neuwied 2004, s. 1263.

³ Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München 1980, s. 387; Schmidt-Bleibtreu/ Klein, s. 1263.

⁴ Werner, Fritz, Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag, 1965, s.111.

mahkemelerin hepside bu şartlara sahiptir⁵. Stern'e göre ise, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü her ne kadar yüksek mahkemeler Anayasa'da sayılarak varlıkları kabul edilmiş olsa da, görevleri Federal Anayasa Mahkemesi'nde olduğu gibi Federal Anayasa'da değil, diğer kanunlarla düzenlendiği için, bunlar anayasal organ olarak kabul edilemez⁶. Stern'e göre, anayasal organ statüsüne sadece Federal Anayasa'nın görevlerini düzenlediği yüksek devlet kurumları sahip olmalıdır⁷.

Federal Anayasa Mahkemesi Yasası'nın 1/1 maddesine göre, hem yüksek mahkeme hem de anayasal organ olarak iki önemli statüye sahip Federal Anayasa Mahkemesi, Federal Anayasa'nın 94. maddesinde düzenlemiştir⁸. Federal Anayasa Mahkemesi, federal hakimlerden ve diğer üyelerden oluşur. Federal Anayasa Mahkemesi üyelerinin yarısı Federal Meclis, (Bundestag) diğer yarısı Federal Konsey (Bundesrat) tarafından seçilir. Üyeler, Federal Meclise, Federal Konseye, Federal Hükümete veya bir eyaletin buna benzer organlarına üye olamadıkları gibi, üniversite öğretim üyeliğinden başka bir meslekte icra edemezler⁹. Federal Anayasa Mahkemesi, hukuki düzenlemelerin Federal Anayasa'ya uygunluğunu denetlediği gibi, yüksek federal organlar arasında (Organstreitigkeiten) ve federal devlet ile eyaletler arasında (Bund-Länder-Streitigkeiten) çıkan uyuşmazlıkları da son karar mercii olarak çözüme kavuşturmaktadır¹⁰. Ayrıca Federal Meclisin seçimlerin denetimine ilişkin kararlarına karşı Federal Anayasa Mahkemesine itiraz edilebilmektedir¹¹.

Federal Anayasa'nın 95. maddesinde sayılan "Federal Yüksek Mahkemeleri" dışında, ayrıca 96. madde de "Federal Devletin diğer yüksek mahkemeleri" başlığı altında, farklı yargı alanlarında Federal Devlet düzeyinde görev yapmak üzere ilgili mahkemelerin de kurulabileceği öngörülmüştür¹². Federal Meclis 95. madde de belirtilen yüksek mahkemeleri kurmak zorunda

⁵ Werner, s. 111.

⁶ Stern, s. 392.

⁷ Stern, s. 392. Anayasal organlar ya da "Yüksek Federal Organlar" olarak adlandırılan kurumlar, Federal Meclis, Federal Konsey, Federal Hükümet, Cumhurbaşkanı ve Federal Anayasa Mahkemesidir. Jesse, Eckhard: Die Demokratie der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1997, s. 81.

⁸ Katz, s. 242.

⁹ İpsen, Jörn: Staatsrecht I, Neuwiend, 1997, s. 244.

¹⁰ Jesse, s. 123.

¹¹ Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman: Grundgesetz, Kommentar, München 1997, Art. 41 GG, Rn.3.

¹² Maunz/Dürig/Herzog, Art. 96 GG, Rn.1.

Almanya’da İdari Yargı Teşkilatı

olmasına rağmen (obligatorische Bundesgerichtsbarkeit) 96. madde de belirtilen mahkemeleri kurup kurmamakta taktir hakkına (fakultative Bundesgerichtsbarkeit) sahiptir¹³.

Federal Anayasa’nın 96/1. maddesinde, Federal Meclisin, sınai hakların korunması için bu konuda görev yapacak bir Federal Mahkeme kurabileceği öngörülmüştür. 1961 yılında da, Patent Kurumu’nun patent ve lisans konuları ile ilgili kararlarına karşı özel şirketlerin, yargı yoluna başvurabilecekleri “Federal Patent Mahkemesi” kurulmuştur¹⁴.

96/2 maddesi de, yine Federal Meclisin silahlı kuvvetler mensuplarının “gerektiğinde” yargılanmasını sağlamak için “askeri ceza mahkemelerini” Federal Mahkeme olarak kurabileceğini öngörmüştür. Bu mahkemeler savaş dönemlerinde görev yapmaktadırlar. Barış zamanında ise, sadece yabancı ülkelere gönderilmiş veya savaş gemilerine bindirilmiş silahlı kuvvetler personeli hakkında ceza kovuşturmasını yapabilmektedirler. Ancak bu zamana kadar böyle bir mahkeme kurulmamıştır. Askeri ceza mahkemeleri kuruldukları taktirde, Federal Adalet Bakanlığına bağlı olarak görev yapacaktır, ayrıca bunların asıl üyeleri, hakimlik yeterliğine sahip olmalıdır¹⁵.

Federal Meclis, 96/4 madde gereğince, kamu görevlilerinin disiplin ve şikayet konularındaki hukuki uyumsuzlukların çözümü için Federal Disiplin Mahkemesini kurmuştur. Federal Disiplin Mahkemesi kendi görev alanında ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Bu mahkemenin kararlarına karşı, Federal Yüksek İdare Mahkemesi’nde yer alan “disiplin dairesi”ne başvurulmaktadır¹⁶.

Yüksek mahkemelere hakimlerin atanması Anayasa’nın 95/2 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre önce, ilgili mahkemenin görev yaptığı alanda yetkili eyalet bakanlarından ve aynı sayıda Federal Meclis (Bundestag) tarafından seçilen üyelerden oluşan “Hakimler Seçim Komisyonu” (Richterwahlausschuss) oluşturulmaktadır. Komisyon kendisine sunulan adaylar arasından gizli oyla yüksek mahkemelerde görev yapacak hakimleri seçmektedir. Daha sonrada seçilen hakimlerin onaylanması için ilgili Federal Bakana gönderilmesi gerekmektedir. Federal Bakan kendisine gönderilen hakimleri onaylamazsa, Seçim Komisyonunun tekrar yeni bir hakimi seçip Federal Bakana göndermesi gerekmektedir. Federal Bakanın onayladığı hakimler Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır.

¹³ Stern, s. 394.

¹⁴ Hesselberger, s. 320; Stern, s. 394.

¹⁵ Hesselberger, s. 321.

¹⁶ Hesselberger, s. 321.

III. ALMANYA'DA İDARİ YARGI

A. Tarihsel Gelişim

İdare hukuku, kökü eski Roma'ya kadar uzanıp giden, özel hukuk gibi eski bir geleneğe sahip değil, bilakis hukuka bağlı devlet anlayışının savunulmaya başlanması ile birlikte 19. yüzyılda ortaya çıkan genç bir hukuk dalıdır.

Almanya'da da, feodal sistemde, feodal beylerin yetkilerini sınırlandıran bir idare hukuku olmadığı gibi, bunları kusurlu davranışlarından dolayı yargılamak da mümkün değildi¹⁷. Mutlak monarşinin hakim olduğu dönemde ise “Hazine teorisi” (Fiskusteorie) gereğince, devlet, hükümdar ve hazine olarak ikiye ayrıldı, devletin de mali ilişkileri tümüyle özel hukuk hükümlerine tabi kılındı¹⁸. Bu teoriye göre, idarenin faaliyetleri dolayısıyla hakları ihlal edilen kişiler, yargısal yoldan zararlarını elde etme imkanı kazanıyorlardı. Ancak bu dönemde de, kamu gücünü temsil eden ve kullanan devlet yöneticileri yaptıkları işlemlerden dolayı hiçbir hukuk kuralına ve denetime tabi değillerdi¹⁹. Ayrıca hükümdarlık ile yargılama işlevi birbirinden ayrılmamıştı. Yargıçlık görevi, kamu yönetiminin bir bölümü olarak ya hükümdar tarafından yerine getiriliyor ya da kendisinin atadığı ve ayrıca diğer idari görevleri de olan kişiler tarafından yerine getiriliyordu. Bu sistem Almanya'da “İdari Hukuk” sistemi (Administrativjustiz) olarak adlandırılmaktadır²⁰.

19. Yüzyılın ortalarında, idarenin bağımsız yargı organları tarafından hukuki denetim altına alınması görüşleri yoğun bir şekilde ifade edilmeye başlandı. Hemen ardından da 1849 tarihli Paulskirche Anayasası'nın 182. maddesinde idarenin faaliyetlerinin yargı denetimi altına alınacağı düzenlendi. Ancak hukuki denetimi adli yargı organları yapacaktı²¹. Bu düzenlemeyle İdari

¹⁷ Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, München 2002, s.13.

¹⁸ Achterberg, Norbert: Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 1986, s. 65; Maurer, s. 14

¹⁹ Hufen, Friedhelm: Verwaltungsprozessrecht, München 2005, s. 25; Maurer, s. 14

²⁰ Hufen, s. 27.

²¹ Achterberg, s. 69.

Hukuk sisteminden vazgeçildi²². Yani mahkemeler artık sadece yargılama işlevini yerine getireceklerdi, idari görevleri ortadan kaldırılmıştı²³.

Almanya'da ilk idare mahkemesi, yüksek idare mahkemesi olarak 5 Ekim 1863 tarihinde Baden'da kuruldu²⁴. Alt kademe idare mahkemesinin görevleri, idarenin kendi iç denetimi şeklinde yerine getiriliyordu. Bu nedenle ilk derece mahkemeleri olarak bugünkü anlamda idare mahkemeleri henüz yoktu. Daha sonradan Prusya'da (1872), Hessen-Darmstadt'ta (1875), Württemberg'te (1876) ve Bayern'de (1879) yüksek idare mahkemeleri kuruldu. Bu mahkemelerin kurulması ile idare hukuku hızlı bir gelişme gösterdi. Özellikle kolluk faaliyetleri yerine getirilirken “ölçülük ilkesi”ne uyulması, “hak arama özgürlüğü” ve “gerekçe belirtme” zorunluluğu gibi kuralların gelişmesinde bu mahkemelerin önemli katkısı olmuştur²⁵.

1919 tarihli Weimar Anayasası'nın 107. maddesi ile “İmparatorluk ve eyaletlerde ilgili yasalara uygun olarak, idari makamların işlem ve eylemlerine karşı, bireyin haklarını korumak için idare mahkemeleri kurulur” hükmü getirilmiştir. Daha sonra da, ilk kez Hamburg'da eyalet yüksek idare mahkemesinin yanında ilk derece idare mahkemesi olarak görev yapacak idare mahkemeleri de kurulmuştur. Böylece ilk ve orta dereceli mahkemeler idari yargı alanında işlev görmeye başlamışlardır²⁶. Bu dönemde de “imparatorluk düzeyinde” bir yüksek idare mahkemesinin kurulması söz konusu edilmemiştir.

Nasyonal Sosyalist rejim döneminde ise, idari yargı alanındaki, bu zamana kadar devam eden gelişmelere 28 Ağustos 1939 tarihinde yapılan değişikliklerle büyük bir darbe indirilmiştir. İdarenin eylem ve işlemlerinin hukuki olarak denetlenmesi için idare mahkemelerine başvuru yerine, bir üst görevliye ya da vesayet organına başvuruyu öngören ve “Führerprinzip”e uygun bir düzenleme yapılmıştır²⁷. Daha sonrada “idarenin faaliyetlerini kolaylaştırmak” gerekçesiyle, 1941 yılında “İmparatorluk İdare Mahkemesi” kurulmuştur. Bu mahkeme, ilk ve orta dereceli idare mahkemelerinin temyiz mahkemesi olarak değil, daha önceden kurulmuş olan bir çok mahkemenin

²² Achterberg, s. 53.

²³ Achterberg, s. 53; Hufen, s. 30.

²⁴ Maurer, s. 19; Werner, Frotscher/Bodo, Pieroht: Verfassungsgeschichte, München 2005, Rn. 422.

²⁵ Achterberg, s. 70; Hufen, s. 32; Maurer, s. 19.

²⁶ Kimminich, Otto, Dir Verwaltungsgerichtsbarkeit, in der Weimarer Republik, Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg, 1988, s. 371ff.

²⁷ Achterberg, s. 60.

görevlerini yerine getirmek için kurulmuştur. 1944 yılında da bütün idare mahkemeleri tamamıyla kapatılmıştır²⁸.

İkinci Dünya Savaşı'nın ardından müttefik devletler, Nasyonal Sosyalist rejiminin, bütün mahkemeleri ve hukuki düzenlemelerine önce son verdiler, daha sonradan da iki basamaklı ilk ve orta dereceli yeni "bağımsız" idare mahkemelerini kurdular²⁹. Alman Federal Anayasası'nın 1949 yılında kabulüyle diğer mahkemelerde olduğu gibi, idare mahkemelerinde de bağımsız yargıçların görev yapacağı (m. 97, 99) ve idarenin eylem ve faaliyetlerinden dolayı hakları ihlal edilen kişilerin yargı yoluna başvurabileceği (m. 19) düzenlenmiştir. Ayrıca 23 Temmuz 1952 yılında Almanya'nın en yüksek idare mahkemesi olan Federal Yüksek İdare Mahkemesi kurulmuştur³⁰.

1951 ile 1958 tarihleri arasında her eyalet, kendi bölgesinde geçerli olmak üzere "Eyalet İdare Mahkemeleri Kanunu" çıkarttı. 1 Nisan 1960 tarihinde de bütün Almanya da geçerli olan Alman İdare Mahkemeleri Kanunu (AİMK) (Verwaltungsgerichtsordnung) yürürlüğe girdi³¹.

B) İdari Yargı ve Yargıçların Bağımsızlığı

Alman İdare Mahkemeleri Kanununun 1. maddesine göre idari yargı, bağımsız ve idari makamlardan ayrılmış mahkemeler tarafından yerine getirilmektedir. Bağımsız idari yargılama organları yerine, idarenin faaliyetlerinin hukuki denetimi için genişletilmiş itiraz komisyonları ya da buna benzer kurullar oluşturulamaz³². Bunun tek istisnasını mektup, posta ve telefon haberleşmelerinin gizliliğine dokunulamayacağını düzenleyen Federal Anayasa'nın 10/2 maddesi oluşturmaktadır³³. Maddeye göre, mektup, posta ve telefonla haberleşme haklarına ancak bir yasaya dayanılarak sınırlandırma getirilebilir. Bu hakların sınırlandırılması, özgürlükçü, demokratik düzenin veya Federasyonun veya bir eyaletin varlık ve güvenliğini koruma amacı güdüyorsa,

²⁸ Achterberg, s. 60; Stolleis, Michael, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus, in: Festschrift für Christian-Friedrich Menger, 1985, S. 57 ff.

²⁹ Achterberg, s. 72.

³⁰ Federal Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu; BGBl.23.09.1952, I, 625.

³¹ Alman İdari Mahkemeler Kanunu; BGBl.21.1.1960, I, 17.

³² Hesselberger, s. 310. Bu düzenleme ile Nasyonal Sosyalist rejimi döneminde, idarenin faaliyetlerinin hukuki denetimi için idare mahkemeleri yerine kurulan genişletilmiş itiraz komisyonların ya da buna benzer kurulların tekrar işlerlik kazandırılması engellenmek istenmektedir.

³³ Hufen, s. 52.

sınırlamalar ilgiliye bildirilmeyecek ve denetim yargı organları yerine, parlamento tarafından tayin edilen kurullarca yerine getirilebilecektir³⁴.

Doktrindeki hakim görüşe göre, mahkemelerin bağımsızlığı, Federal Anayasa’nın 20. maddesinde yer bulan güçler ayrılığı ilkesinin gerektirdiği şekilde, yargı organlarının, hem “yargı teşkilatı” olarak yasama ve yürütme organlarından ayrılması hem de “yargı fonksiyonu”nun yasama ve yürütmeden herhangi bir emir ve direktif almadan yerine getirilmesi anlamına gelmektedir³⁵. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi, mahkemelerin bağımsızlığı için doktrinde kabul edilmiş üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir³⁶. Bunlardan birincisi, mahkemelerin hem yapısal yani organik (örgüt) anlamında, hem de maddi yani işlevsel (etkinlik) anlamında yasama, yürütme ve yürütme içinde yer alan idareden ayrı ve bağımsız (Organisatorische Unabhangigkeit) olmasını gerektirmektedir. İkincisi, “hakimlerin bağımsız” (Personelle Unabhangigkeit) olmasıdır. Hakimlerin bağımsızlığı Federal Anayasa’nın 97. maddesinde garanti altına alınmıştır. Düzenlemeye göre, asıl görevli olarak kadroya atanan hakimler, görev süreleri sona ermeden, ancak mahkeme kararıyla ve yine ancak yasaların öngördüğü neden ve şekillerde azledilebilir veya emekliye ayrılabilirler. Ömür boyu atanmış hakimlerin emekliye ayrılacakları yaş sınırının, yasayla tespit edilmesi gerekmektedir. Mahkemelerin kuruluş veya yargı çevresinin değiştirilmesi halinde, hakimlere maaşları kesintisiz verilme koşuluyla, başka bir mahkemeye atanabilir veya görevden alınabilirler³⁷.

Federal Yüksek Mahkemelerinde görev yapan hakimlerin hukuki statüsü, ayrıca ve ayrıntılı olarak 1972 tarihli Alman Yargıçlar Yasasıyla (Ayy) (Deutsches Richtergesetz) da düzenlenmiştir. Federal bir hakimin görev sırasında veya dışında, Anayasa’nın temel ilkelerine veya bir eyaletin anayasal düzenine aykırı hareket etmesi halinde, Federal Meclisin başvurusu üzerine, Anayasa Mahkemesi üçte iki çoğunlukla onun başka bir göreve atanmasına veya emekliye sevkine karar verebilir. Ağır bir ihlal halinde azle de karar verilebilir. Yüksek hakimler hakkında kamu davasının açılıp açılmamasına karar verecek makam, Federal Anayasa Mahkemesidir. Eyalet yüksek mahkemelerinde görev

³⁴ Hesselberger, s. 135.

³⁵ Kopp, Ferdinad: Verwaltungsgerichtsordnung, München, 2005, s. 8; Redeker, Konrad/von Oertzen Hans-Joachim: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Stuttgart 2004, s. 45.

³⁶ Schmidt-Bleibtreu/ Klein: s. 1272; Maunz/Dürig/Herzog: Art. 97 Rn. 1.

³⁷ Maunz/Dürig/Herzog, Art. 97, Rn. 2; Katz, s. 245; Schmidt-Bleibtreu/ Klein, s. 1273.

yapan hakimlerin hukuki statüleri ise eyalet yasalarıyla düzenlenmiştir. Ancak Federasyon bu konuda çerçeve hükümler koyabilir³⁸.

Mahkemelerin bağımsızlığının üçüncü şartı da, “konu itibariyle” yani yerine getirdikleri fonksiyon itibariyle bağımsız (Sachliche Unabhängigkeit) olmalarıdır. Buna göre hakimler, yargılama işlevlerini yerine getirirken sadece hukuka ve yasalara bağlı kalarak karar vermek zorundadırlar³⁹. Böylece yargı yetkisinin kullanılmasında hakimlere meclis, hükümet, idari organlar ya da adliye yönetimi tarafından emir ve talimat verilemez, genelge gönderilemez⁴⁰. Ayrıca hakimlere yargı görevi dışında herhangi bir görev yüklenemediği gibi, hakimlerde adliye yönetimi dışında başka, kamu ve özel hiçbir yerde görev alamazlar⁴¹.

C. İdari Yargının Örgütlenişi

Hukuk devleti ilkesi gereğince idari yargının örgütlenmesi konusunda düzenleme yapmaya yetkili organ “yasama organı”dır⁴². Alman İdare Mahkemeleri Kanununun 2. maddesi gereğince, idari yargı örgütü üç basamaktan oluşmaktadır. Eyaletlerde idare mahkemeleri ve eyalet yüksek idare mahkemeleri görev yaparken, Federal Devlette de, Federal Yüksek İdare Mahkemesi görev yapmaktadır. Eyaletler, kendi bölgelerinde en az bir idare mahkemesi, en fazlada bir yüksek idare mahkemesi kurmak zorundadırlar⁴³. Bunun yerine birden fazla eyalet birleşerek sadece ortak bir yüksek idare mahkemesi de kurabilirler⁴⁴.

İdare mahkemelerinin kural olarak teşkilat ve personel bakımından diğer yargı kolunda görev yapan mahkemelerden ayrı örgütlenmesi gerektiği kabul edilmekle beraber, bu mahkemelerin teşkilat ve personel bakımından diğer yargı alanındaki mahkemelerle ortak görev yapabileceğini doktrinde savunanlarda bulunmaktadır⁴⁵. Bununla beraber Federal İdare Mahkemesinin

³⁸ Maunz/Dürig/Herzog, Art. 97, Rn. 3; Schmidt-Bleibtreu/ Klein, s. 1274.

³⁹ Maunz/Dürig/Herzog, Art. 97, Rn. 1; Katz, s. 245; Kopp, s. 8; Redeker/von Oertzen, s. 46; Schmidt-Bleibtreu/ Klein, s. 1272.

⁴⁰ Kopp, s. 8; Redeker/von Oertzen, s. 46; Schmidt-Bleibtreu/ Klein, s. 1273.

⁴¹ Kopp, s. 9; Redeker/von Oertzen, s. 46.

⁴² Hufen, s. 52.

⁴³ Hufen, s. 55; Redeker/von Oertzen, s. 46.

⁴⁴ Tettinger, Peter/Wahrendorf, Volker: Verwaltungsprozessrecht, München 2005, s. 29.

⁴⁵ Eyermann-Fröhler ve Ule, İdare Mahkemeleri Kanununun 2. maddesinin mahkemeler arasında ortak görev yapabilmeye imkan vermediğini belirterek bu görüşe açıkça karşı çıkmaktadırlar. Erich Eyermann/Ludwig Fröhler,

diğer bir yargı alanında yer alan mahkemelerle ortak görev yapması Federal Anayasanın 95/1 maddesinde açıkça engellenmiştir⁴⁶.

Eyaletler, kendi idare mahkemeleri ile ilgili kurallara “Eyalet İdare Mahkemeleri Kanunu”nda yer vermektedir. Federal İdare Mahkemeleri Kanununun 3. maddesine göre de, eyaletlerde görev yapacak idare mahkemeleri ve yüksek idare mahkemeleri ancak eyalet yasası ile kurulabilir ya da ortadan kaldırılabilir. Kanun hükmünde kararname, tüzük ya da yönetmelikle bir idare mahkemesi kurulamadığı gibi ortadan kaldırılması da mümkün değildir⁴⁷. Federal Anayasa Mahkemesi de bir kararında yasa dışında herhangi bir hukuki düzenleme ile idare mahkemesi kurulamayacağını veya kurulmuş idare mahkemesinin de ortadan kaldırılamayacağını açıkça belirtmiştir⁴⁸. Eyalet kanunlarında, eyalet idare mahkemelerinin görev alanları değişik şekilde düzenlemiştir. Ayrıca idare hukuku ile ilgili belli uyumsuzluklar için İdare Mahkemeleri Kanununun 3/4 maddesi gereğince ayrı “özel” idare mahkemeleri de kurulabilmektedir.

D) İdari Mahkemelerin Özerkliği (Gerichtliche Selbstverwaltung)

İdare Mahkemeleri Kanununun 4. maddesi, idare mahkemelerinin işleyişi ile ilgili konularda, Alman Mahkemeleri Teşkilatı Hakkında Kanunun (Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz⁴⁹) 21a ve devamı fıkraların uygulanacağını belirtmiştir. Buna göre, idare mahkemeleri, kendi iç düzenlemelerini ve mahkeme içi görev dağılımlarını kendileri yapmaktadır. Buna doktrinde “idare mahkemelerin özerkliği” ilkesi denilmektedir⁵⁰. İdare mahkemelerinin özerklikleri ile yürütmeye karşı tam bağımsızlıklarının sağlanması amaçlanmaktadır⁵¹. Mahkemelerin görev dağılımını kendilerinin yapması, Federal Anayasasının 101. maddesinde düzenlenen “hiç kimsenin,

Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, München 1988, Rn. 1; Ule, Carl Hermann: Verwaltungsprozessrecht, Speyer 1987, s. 25.

⁴⁶ Maunz/Dürig/Herzog, Art. 95, Rn. 42; Kopp, s. 31; Redeker/von Oertzen, s. 65.

⁴⁷ Redeker/von Oertzen, s. 54.

⁴⁸ BverfGE 2, 307.

⁴⁹ 09. Mai 1975 (BGBl. I S. 1077).

⁵⁰ Groß, Thomas, Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit, Auszug (Kurzzitat) aus: *Deutsche Richterzeitung (DRiZ)* 2003, 298 ff; Kopp, s. 34; Ridder, Helmut K.J, Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen? Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag; Tettinger/Wahrendorf, s. 33.

⁵¹ Ridder, s. 2.

yasaların öngördüğü tabii yargıçtan başka bir yargıç önüne çıkarılmaz” kuralına da hizmet ettiği kabul edilmektedir⁵².

İdare mahkemelerinin kendi iç düzenlemeleri, mahkemelerin günlük çalışma planlarını yapmalarından, ihtiyaçları olan araç, gereçlerin belirlenmesi ve alınması, dosyaların düzene konulması ve adliye malvarlığının yönetilmesine kadar yapılan işleri kapsamaktadır⁵³. Mahkemeler, iç düzenlemelerini ve yasalarda belirtilen diğer görevlerini, “adliye yönetimi” (Präsidium) aracılığıyla yerine getirmektedir. Adliye yönetimi, Alman Mahkemeleri Teşkilatı Hakkında Kanunun 21a. maddesine göre, mahkeme de görev yapan diğer hakimler tarafından seçilmektedir. Bu organ, adliye başkanından (Präsident des Gerichts) ve sekiz hakim üyeden oluşmaktadır. Adliye yönetimi üyeleri dört yıl için doğrudan ve gizli oyla seçilmektedir. Her iki yılda bir üyelerin yarısı yenilenmektedir. Seçimlerin nasıl yapılacağını eyalet hükümetleri yönetmelikle düzenlemektedir⁵⁴.

Adliye yönetiminin önemli görevlerinden biri, mahkemede görev dağılımını gösteren “adliye görev dağılım planı”nı yapmaktır. Görev dağılım planı genellikle yıllık yapılmaktadır. Görev dağılımı yapılırken, bu organa üye olmayan hakimlere de söz hakkı verilmektedir. Adliye başkanı, hakimlikle ilgili görev üstlenip üstlenmeyeceğine ya da hangi görevleri üstleneceğine, kendisi karar vermektedir (AMTHK. m.21a).

IV) İDARE MAHKEMELERİ

A. Federal Yüksek İdare Mahkemesi

İdari yargılama alanında, federal düzeyde görev yapan en yüksek idare mahkemesi “Federal Yüksek İdare Mahkemesi”dir. Mahkeme, diğer yüksek mahkemelerden farklı olarak yasalar ile gösterilen davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmaktadır. Diğer yüksek yargı organları kural olarak sadece, temyiz merci olarak görev yapmaktadırlar.

Federal Yüksek İdare Mahkemesi, yüksek mahkeme olarak, bir taraftan ilk ve orta dereceli idare mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan temyiz istemlerini incelerken, diğer taraftan da yasada belirtilen konularda idari davaları, ilk derece idare mahkemesi olarak karara bağlar⁵⁵. Mahkeme, Türk ve Fransız Danıştay’larında olduğu gibi yüksek danışma organı olarak görev yapmaz.

⁵² Tettinger/Wahrendorf, s. 33.

⁵³ Ridder, s. 2; Tettinger/Wahrendorf, s. 33.

⁵⁴ Tettinger/Wahrendorf, s. 32.

⁵⁵ Hufen, s. 57; Tettinger/Wahrendorf, s. 29.

1) Federal Yüksek İdari Mahkemesinin Görevleri

Federal Anayasa’da Yüksek Mahkemenin görevleri ve yapısı ile ilgili herhangi bir düzenlemeye gidilmemiştir. Kural olarak mahkemenin görevleri İdare Mahkemeleri Kanununun (İMK) değişik maddelerinde sayma yoluyla düzenlenmiştir. Örneğin, ilgili Kanununun 49. maddesi, Federal Yüksek İdare Mahkemesinin temyiz mahkemesi olarak görevlerini düzenlerken 50. madde ilk derece mahkemesi olarak görevlerini belirtmiştir. Bu maddelerde sayılan görevler dışında kanun maddeleri geniş yorumlanarak mahkemenin görev alanı genişletilemez⁵⁶. Bununla beraber Federal Devlet yeni yasalar yaparak mahkemeye yeni görevler yükleyebilmektedir⁵⁷.

İdare Mahkemeleri Kanununun 49. maddesi, Federal Yüksek İdare Mahkemesinin temyiz mahkemesi olarak, eyalet yüksek idare mahkemeleri ile ilk derece idare mahkemelerinin nihai olarak verilmiş kararlarını inceleyip sonuca bağlayacağı hükmünü getirmiştir. Ayrıca yine bu maddenin 3. fıkrasına göre, eyalet yüksek idare mahkemelerinin, İdari Mahkemeler Kanununun 99/2 ve 133/1 maddelerinde ve Alman Mahkemeleri Teşkilatı Hakkında Kanununun (AMTHK) 17a/4. maddesinde düzenlenen hukuki uyumsuzluklara ilişkin kararlarına karşı, itiraz (Beschwerde) yapıldığında Federal Yüksek İdare Mahkemesi bu itirazları da inceler ve karar bağlar.

İdare Mahkemeleri Kanununun 50. maddesi ise, Federal Yüksek İdare Mahkemesinin ilk derece mahkemesi olarak görevlerini sayma yoluyla belirtmiştir. Buna göre, Federal Yüksek İdare Mahkemesi, Federal Devlet ile eyaletler arasındaki ve değişik eyaletler arasındaki “anayasal nitelikte olmayan” idari uyumsuzlukları, Federal İçişleri Bakanlığının dernek yasaklama kararlarını, Federal Gizli Servisinin görevleri ile ilgili ortaya çıkan hukuki uyumsuzlukları çözüme kavuşturmaktadır. Federal Yüksek İdare Mahkemesi, görülmekte olan dava konusu uyumsuzluğu, Federal Anayasa ile ilgili bir uyumsuzluk olarak nitelendirirse, dosyayı Federal Anayasa Mahkemesi’ne göndermektedir (İMK. M.50/3).

Federal Meclis, değişik yasalarla, Yüksek İdare Mahkemesine ilk derece mahkemesi olarak, yeni görevler de yüklemiştir. Örneğin, “Ulaşım Yolları Planı ve Hız Yasası”nın uygulanmasından çıkan (Verkehrswegeplanungs-Beschleunigungsgesetz) hukuki uyumsuzlukları ya da “Sigortacılık ve Yapı Tasarrufu İle İlgili Hizmetleri Denetleme Kurumunun Kurulmasına İlişkin Kanun”un (Gesetzes über die Errichtung eines Bundesaufsichtsamts für das Versicherungs- und Bausparwesen)

⁵⁶ Kopp, s. 574.

⁵⁷ Kopp, s. 574.

uygulanmasında çıkan hukuki uyuşmazlıkları da Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesi olarak çözüme kavuşturmaktadır.

2. Federal Yüksek İdare Mahkemesinin Yapısı

Federal Yüksek İdare Mahkemesi bir başkan, daire başkanları ve yeterli sayıda üyeden oluşur. Mahkeme yargısal görevlerini kurul olarak yerine getirmektedir. Mahkeme'nin görevleri on Dava Dairesi (Revisionsssenat), ve bir Disiplin Dairesi (Disziplinarsenat) iki Askeri Daire, bir Büyük Daire ([Großer Senat](#)), bir de Müşterek Daire (Gemeinsamen Senats) tarafından yerine getirilir⁵⁸.

a) Dava Daireleri

Federal Yüksek İdare Mahkemesinde görev yapan on dava dairesinin herbirinde, İdare Mahkemeler Kanununun 10/3. maddesi gereğince bir başkan ile en az dört üye bulunmaktadır⁵⁹. Sözlü yargılama (Mündliche Verhandlung) dışındaki yargılamalarda görüşme yeter sayısı üçtür.

Dava Dairelerinin görevleri ve bu dairelerde hangi üyelerin görev yapacağı, idare mahkemelerinin özerkliği ilkesi gereğince, “mahkeme başkanlığı” tarafından “yıllık çalışma planı”nda belirlenmektedir⁶⁰. Mahkeme başkanlığı, mahkeme başkanından ve sekiz üyeden oluşmaktadır.

Dava Daireleri içindeki görev dağılımı ise, Alman Mahkemeleri Teşkilatı Hakkında Kanununun 21g maddesi gereğince, her dairesinin kendisinin yaptığı “yıllık çalışma planı”nda yer almaktadır. Üyeler arasında iş yükü bakımından dengesizlik olması durumunda, ya da üyelerden birisi herhangi bir nedenden dolayı görevini yapamayacak duruma geldiğinde, yıllık planda değişiklik yapılabilir. Aksi durumda yıllık planda değişiklik, hukuka aykırılık teşkil etmektedir⁶¹.

b) Disiplin Dairesi

Almanya’da genel idari yargı organları (allgemeinen Verwaltungsgerichten) dışında, bir de özel idari yargı organları (besondere Verwaltungsgerichte) öngörülmüştür⁶². Bunlara örnek olarak sosyal mahkemeler (Sozialgerichte), vergi mahkemeleri (Finanzgerichte) ve disiplin mahkemeleri (Disziplinargerichte) gösterilebilir⁶³.

⁵⁸ Hufen, s. 53; Redeker/von Oertzen, s. 77.

⁵⁹ Federal Yüksek İdare Mahkemesinde toplam 56 hakim üye görev yapmaktadır.

⁶⁰ Hufen, s. 56; Tettinger/Wahrendorf, s. 33.

⁶¹ Hufen, s. 55; Tettinger/Wahrendorf, s. 34.

⁶² Maurer, s. 35; Redeker/von Oertzen, s. 152.

⁶³ Tettinger/Wahrendorf, s. 21.

Devlet memurları, Federal Disiplin Kanununa (Bundesdisziplinargesetz⁶⁴) aykırı tutum ve davranış sergilediklerinde yargılanabilmeleri için, eyaletlerde ilk derece mahkemesi olarak “disiplin mahkemeleri” ve orta dereceli idare mahkemeleri olarak da “eyalet yüksek disiplin mahkemeleri” kurulmuştur⁶⁵. Bu mahkemelerin kararlarına karşı da, Federal Disiplin Kanununun 69. maddesinde belirtilen şartlarda ve şekilde, Federal Yüksek İdare Mahkemesi’nin “Disiplin Dairesi”ne temyiz yolu için başvuru öngörülmüştür. Böylece, Disiplin Dairesi, temyiz yeri olarak, disiplin mahkemelerinin, nihai verilmiş kararlarını inceleyip karara bağlamaktadır.

Disiplin Dairesi dört yasal üyeden birde fahri üyeden (Ehrenamtliche Richter) oluşmaktadır.

c) Askeri Hizmet Dairesi

Almanya’da Askeri hizmete ilişkin hukuki uyuşmazlıklara, askeri mahkemeler (Wehrdienstgerichte) bakmaktadır. Bunlardan Askeri Birlik Mahkemeleri (Truppendienstgericht) ilk derece askeri mahkemesi olarak görev yaparken, Federal Yüksek İdare Mahkemesi içinde yer alan iki “Askeri Hizmet Dairesi” de (Wehrdienstsenate) temyiz yeri olarak görev yapmaktadır⁶⁶.

Askeri Birlik Mahkemeleri’nin kurulması ve görev alanlarına ilişkin düzenlemeler Askeri Disiplin Kanununun ([Wehrdisziplinarordnung](#)) 68 ve 79. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, bu mahkemeler ve kendilerine bağlı daireler Federal Savunma Bakanlığı tarafından bir yönetmelikle kurulmakta ve bu bakanlığın bünyesinde görev yapmaktadırlar. Mahkemelerin görev alanları ve yerleri de yine kuruluş yönetmeliklerinde yer almaktadır (m.69).

Askeri Birlik Mahkemelerinde⁶⁷ de bir başkan ve dört sivil hakimden oluşan “mahkeme başkanlığı” organı yer almaktadır (m.72/1). Mahkemede görev yapan hakimlerin ve diğer görevlilerin hizmet denetimi mahkeme başkanı tarafından yapılmaktadır. Mahkeme kararları, bir başkan (sivil hakim) ve askerlik hizmeti yapan iki fahri hakim tarafından verilmektedir (m.75/1). Askeri fahri hakimler, bir sene için birlik komutanı tarafından atanmaktadır (m.74).

Askeri Birlik Mahkemeleri’nin kararlarına karşı, temyiz başvurusu için Askeri Disiplin Kanununun 80. maddesi gereğince, Federal Yüksek İdare Mahkemesinde “Askeri Hizmet Dairesi” kurulmuştur. Bu daire iki ayrı daireden

⁶⁴ 30. April 2005 (BGBl. I S. 1106)

⁶⁵ Redeker/von Oertzen, s. 152.

⁶⁶ Redeker/von Oertzen, s. 153.

⁶⁷ Almanya’da bir kuzey (Münster’de) birde güney (München’de) bölgelerini içine alan iki Askeri Birlik Mahkemesi ve bunlara bağlı farklı şehirlerde kurulmuş Askeri Birlik Mahkemesi Daireleri bulunmaktadır.

oluşmaktadır. Birinci daire “Askeri Şikayet Kanunu” (Wehrbeschwerdeordnung⁶⁸) ile ilgili uyuşmazlıklara bakarken, ikinci daire “Askeri Disiplin Kanunu” ile ilgili uyuşmazlıklar bakmaktadır⁶⁹.

Askeri Şikayet Kanunu, bir askerin, üstü tarafından kötü harekete maruz kaldığı durumlar ile bir başka askerin göreve aykırı davranışı sonucu zarar gördüğü durumları düzenlemektedir. Askeri Disiplin Kanunu ise, bir askerin görevini yerine getirirken askeri disipline uymayan davranışlarını düzenlemektedir⁷⁰.

Her bir askeri Hizmet Dairesinin de, üç sivil hakim ve iki asker fahri hakim görev yapmaktadır (m.80/3).

d) Büyük Daire

Federal Yüksek İdare Mahkemesi’nde Büyük Daire, Federal Yüksek İdare Mahkemesinin kararlarında birliğin sağlanması ve kararların daha da geliştirilmesi için kurulmuştur⁷¹. Yani idari yargı alanında içtihat oluşturmak için kurulmuştur. Büyük Daire esasa ilişkin karar (Sachentscheidung) vermemekte, sadece kendisine sunulan hukuki sorunlar (vorgelegte Rechtsfragen) hakkında karar birliği oluşturmaktadır. Esasa ilişkin nihai kararlar yine ilgili Daireler tarafından verilmektedir⁷². Yüksek Mahkemeler arasında Federal düzeyde, hukuki istikrar ve birliğin sağlanması için “Yüksek Mahkemeler Ortak Dairesinin (Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes) yaptığı işlevi, Federal Yüksek İdare Mahkemesinde Büyük Daire yerine getirmektedir⁷³.

Büyük Daire ile ilgili düzenleme İdare Mahkemeleri Kanununun 11. maddesinde yer bulmaktadır. Birinci fıkrada Federal Yüksek İdare Mahkemesinde bir Büyük Dairenin kurulacağı öngörülürken, ikinci fıkrada Büyük Daireye zorunlu başvuru, dördüncü fıkrada ise ihtiyari başvuru yollarını düzenlenmiştir.

Yüksek Mahkemedeki dairelerden birisi, hukuki bir uyuşmazlık konusunda diğer dairelerin ya da Büyük Dairenin daha önceki kararlarından farklı bir karar verecekse, Büyük Daireye zorunlu başvuru yapması

⁶⁸ BGBI. I S. 1737, 1906.

⁶⁹ Redeker/von Oertzen, s. 153.

⁷⁰ Redeker/von Oertzen, s. 153.

⁷¹ Kissel, Otto Rudolf, Neus zur Gerichtsverfassung; III. Grosse Senate der obersten Gerichtshöfe, NJW 1991, s. 951; Redeker/von Oertzen, s. 64; Tettinger/Wahrendorf, s. 31.

⁷² Kissel, s. 952.

⁷³ BVerwG 41, 363.

gerekmektedir. Bu durumda dosya Büyük Dairenin önüne geliyor ve Büyük Daire de dosyayı inceleyip uyuşmazlığı karara bağlıyor (m.11/2). Farklı kararın olabilmesi için, aynı hukuk kuralının yorumlanmasında ya da ilkelerinin belirlenmesinde aykırılıkların olması gerekmektedir⁷⁴. Başka bir Dairenin önceki kararını değiştirmek isteyen Daire, önceki kararı veren Daireye bu kararın değiştirilmesi için başvuruda bulunuyor. Eğer Daire eski kararında ısrar ediyorsa, hukuki sorun Büyük Daireye gönderiliyor (m.11/3). Ancak ilgili Daire eski kararında ısrar etmiyorsa, yeni Dairenin verdiği karar geçerli oluyor ve böylece Yüksek Daireye başvurmaya gerek kalmıyor⁷⁵. Yine eğer Dairelerden birisi aynı konuda kendisinin önceki kararından farklı karar vermek istiyorsa, Yüksek Mahkeme başvurmaya gerek bulunmamaktadır⁷⁶.

Büyük Daireye ihtiyari başvuru durumu ise, Dairelerden birisi önemli bir hukuki sorunun çözümü için önceden verilen kararın geliştirilmesi ya da hukuki birliğin sağlanması düşüncesinde ise bu yola başvurmaktadır⁷⁷. Yani bu başvuru yolu ile alınacak karar, farklı başka bir "asıl hukuki sorunun" çözüme kavuşturulmasında önem teşkil etmelidir. Başvuruya gerekli olup olmadığına ilgili Daire kendisi karar vermektedir⁷⁸. İhtiyari başvuru için ortadan kaldırılması gereken aykırı bir kararın olmasına ihtiyaç bulunmamaktadır⁷⁹.

Büyük Daire, Federal Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı ve her dava dairesinin birer üyesinden oluşmaktadır. İncelenen karara katılmış, ya da bu kararı almış olan daire üyesi de, Büyük Dairenin toplantılarına katılmaktadır (m.11/5). Büyük Dairenin üyeleri bir yıl için, Büyük Daire tarafından atanmaktadır. Başkan ve başkanın yokluğunda onun yerini alacak üye, Dairenin kural olarak devamlı üyelerinden birisi olmak zorundadır. Büyük Dairenin aldığı kararlar diğer daireler ve idare için bağlayıcıdır.

e) Yüksek Mahkemeler Ortak Dairesi (Gemeinsamer Senat obersten Gerichtshöfe)

Federal Anayasasının 95/3 maddesine göre, yargı içtihatlarının birleştirilmesini sağlamak üzere, Federal Yüksek Mahkeme üyelerinden oluşacak bir Ortak Daire kurulacağı ve konunun ayrıntılarının da federal bir yasayla düzenleneceği öngörülmüştür. Buna uygun olarak da 1968 tarihinde

⁷⁴ Erich/Fröhler, s. 5.

⁷⁵ BVerwGE 39, 10.

⁷⁶ BVerfG 6, 222; Redeker/von Oertzen, s. 65.

⁷⁷ BVerwG NJW 1985, s. 2400.

⁷⁸ BKopp, s. 73.

⁷⁹ BVerwG NJW 1985, s. 2402; Kissel, s. 956; Ule, s. 63.

“Yüksek Mahkeme Kararlarında Birliği Sağlamak İçin Yasa”⁸⁰ (YMKBSY) (Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes) kabul edilmiş ve bu yasa gereğince de “Yüksek Mahkemeler Ortak Dairesi” kurulmuştur.

Ortak Daire, Yüksek Mahkemelerin yargı kararları arasındaki aykırılık ve uyuşmazlıkların giderilmesine, ya da içtihadın birleştirilmesine, ya da değiştirilmesine karar verir⁸¹.

Ortak Daire'nin, kararlar arasındaki aykırılığı giderilebilmesi için kendisine başvuru yapılması gerekmektedir. Başvuruyu yapması gereken Daire, önceki karara aykırı karar verecek olan Dairedir. Başvurudan sonra dava, ortak Dairenin kararına kadar durdurulur (YMKBSY m.11/2). Yargıtay Başsavcısı hukuki uyuşmazlık kendi görev alanı ile ilgiliyse, Ortak Daire başkanı tarafından toplantıya çağrılır, aksi durumda kendisine sadece sonuç hakkında bilgi verilir⁸².

Bir yüksek mahkeme, kendisinin eski bir kararından ya da Yüksek Mahkeme Kararlarında Birliği Sağlamak İçin çıkarılan Yasa'dan önceki diğer yüksek mahkeme kararlarından farklı bir karar verecekse Ortak Daire'ye başvurmaya gerek duymamaktadır⁸³. Federal Yüksek İdare Mahkemesi adına başvuruyu Büyük Daire yapmaktadır.

Ortak Daire, yüksek mahkemelerde görev yapan yüksek hakimlerden oluşmaktadır. Yani, Yüksek mahkeme başkanlarından ve bir yüksek mahkemenin kararına aykırı karar veren yüksek mahkeme dairesi ile kendi kararına aykırı karar verilen dairelerinin başkanlarından ve birer üyelerinden oluşmaktadır (YMKBSY m.3). Yüksek Mahkeme başkanları arasında en yaşlı olanı, Ortak Dairenin toplantılarına da başkanlık yapmaktadır (m.5). Esas hakkındaki kararlar, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile alınır (m.6) ve alınan karar farklı karar veren Daire için bağlayıcıdır (m.16).

e) Federal Yüksek İdare Mahkemesi Üyeleri

Federal Almanya'da Yüksek Mahkemelere üye atanması önemli ve tartışmalı konular arasında yer almaktadır⁸⁴. “Kim hakim atama hakkına sahipse, o yargıyı etkileyebilir⁸⁵” düşüncesi daha Prusya Krallığı döneminde dile

⁸⁰ Vom 16.Juni 1968 (BGBl. I s. 661).

⁸¹ Hesselberger, s. 320; Schmidt-Bleibtreu/ Klein, s. 1266.

⁸² Schmidt-Bleibtreu/ Klein, s. 1266.

⁸³ BVerwG 66, 359.

⁸⁴ Stern, s. 399.

⁸⁵ “Wer ein Richteramt zu vergeben hat, kann die Rechtsprechung beeinflussen” Betterman, Karl, August; Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche

getirilmiştir⁸⁶. Prusya Adalet Bakanı da, atama yapacak organın ya da görevlinin sadece güçlü kişilikle, psikolojik baskılardan kurtulabileceğini ve kendisini sorumlu hissedeceğini, sonuçta da atama işlevini uygun bir şekilde yerine getireceğini ifade etmiştir⁸⁷. Mahkemeler kurulduğundan bu yana Almanya'da, hakimler ya kral veya derebeyi tarafından doğrudan atanmış, ya da meslek gruplarının katılımıyla atanmıştır⁸⁸.

Yüksek Mahkemelere üyelerin atanması, Federal Anayasanın 95/2. maddesinde yer bulmaktadır. Ayrıca 1950 tarihli "Yargıç Seçim Yasası" da bu konudaki ayrıntıları düzenlemiştir⁸⁹. Federal Anayasaya göre yüksek mahkemelere hakimlerin atanması, yetkili Federal Bakan, ilgili yargı kısmının konusunda yetkili eyalet bakanları ve aynı sayıda Federal Meclis tarafından seçilen üyelerden oluşan bir "Yargıçlar Seçim Komisyonu" tarafından yerine getirilmektedir.

Yargıç Seçim Yasası 16. maddeden oluşan kısa bir yasadır. Yasasının 1. maddesi, yüksek mahkemelerdeki hakimlerin, yetkili Federal Bakan ile Yargıçlar Seçim Komisyonunun, hakimleri beraber seçeceği ve Cumhurbaşkanı tarafından atanacağını düzenlemiştir. Seçim ile ilgili toplantılara, hükümeti de temsil eden ilgili Federal Bakan başkanlık etmektedir (m.9/1). İlgili Federal Bakan seçimlerde oy hakkına sahip değil, sadece veto hakkına sahiptir⁹⁰. Yani, Seçim Komisyonun seçtiği adayı, Federal Bakanın onaylaması gerekiyor, onaylamazsa Seçim Komisyonunun tekrar yeni bir adayı seçmesi gerekmektedir⁹¹. Yüksek mahkemeler için adaylar Federal Bakan ve Yargıçlar Seçim Komisyonu tarafından önerilmektedir (m.10/1).

Seçim Komisyonu eyaletlerin konu ile ilgili eyalet bakanlarından ve aynı sayıdaki Federal Meclis tarafından seçilen milletvekillerinden oluşmaktadır. Mecliste grubu bulunan partiler, Seçim Komisyonunda görev yapacak yeterli sayıda milletvekilini aday olarak gösteriyorlar, her aday tek tek oylanıyor ve en fazla oyu alan milletvekilleri Komisyonda görev yapabilme hakkına sahip oluyor (m.5/2).

Richter, die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, III/2, 1959, s. 523.

⁸⁶ Stern, s. 399.

⁸⁷ Stern, s. 399.

⁸⁸ Betterman, s. 523.

⁸⁹ Vom 25.08.1950 (BGBl. S. 368).

⁹⁰ Stern, s. 402; Hesselberger, s. 319.

⁹¹ Schmidt-Bleibtreu/ Klein, s. 1265; Stern, s. 403.

Yargıçlar Seçim Komisyonu, Yüksek Mahkemeler de görev yapacak hakimleri gizli oyla yapılan seçimle seçmekte ve en fazla oyu alan adaylar, Federal Bakanın onayını da aldıktan sonra, atanmak üzere, Cumhurbaşkanına gönderilmektedir (m.13).

B. Eyalet Yüksek İdare Mahkemeleri

1) Eyalet Yüksek İdare Mahkemelerinin Yapısı

Eyalet Yüksek İdare Mahkemeleri “orta dereceli” (Mittelinanz) mahkemeler olarak eyaletlerde faaliyet gösteren idare mahkemeleridir⁹². Her eyalette sadece bir tane Yüksek İdare Mahkemesi bulunmaktadır. Mahkeme ile ilgili düzenlemeleri her eyalet, “Eyalet İdare Mahkeme Kanunu”nda kendisi yapmaktadır⁹³. Federal İdare Mahkemesi Kanununa aykırı olmadığı sürece, eyaletler bu mahkemelerin yapısını, görevlerini, işleyişini, başkan ve üyelerinin atanmasını Eyalet İdare Mahkeme Kanunlarında serbestçe düzenleyebilmektedirler.

Federal İdare Mahkemesi Kanununun 9/1. maddesine göre, eyalet yüksek idare mahkemeleri bir başkan, daire başkanları ve yeterli sayıda hakimden ve hakimlerin görev yapacakları yeterli sayıda daireden oluşmaktadır (m.12/1).

Federal Yüksek İdare Mahkemesinde olduğu gibi, Eyalet Yüksek İdare Mahkemelerinde de ayrıca bir büyük daire bulunmaktadır. Federal İdare Mahkemesi Kanununun 11. maddesinde Federal Yüksek İdare Mahkemesi için öngörülen düzenlemeler, eyalet düzeyinde kaldığı sürece Eyalet Yüksek İdare Mahkemelerinde kurulan büyük daireler için de geçerlidir (m.12/1). Burada da büyük daireler, eyalet idare mahkemeleri kararları arasındaki farklılıkların giderilmesi ve eyalet düzeyinde yeni hukuk yaratılması gibi görevleri yerine getirmektedir⁹⁴. Daireler üç hakimle karar verir, ayrıca eyalet yasaları, iki fahri hakimin de dairelerde görev yapmasını öngörebilir (m.9/3). Eyalet meclisleri, büyük daireler ile ilgili yeni kararlar alabilirler (m.9/3).

2) Eyalet Yüksek İdare Mahkemelerinin Görevleri

Eyalet Yüksek İdare Mahkemeleri, bir taraftan idare mahkemelerinin verdiği kararlara karşı ilgili Yasada belirtilen durumlarda bir üst derece mahkemesi olarak görev yaparken, diğer yandan da ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Yüksek İdare Mahkemelerin bir üst derece mahkemesi olarak görev yapması Federal İdari Mahkemeler Kanununun 46.

⁹² Hufen, s. 56; Tettinger/Wahrendorf, s. 29.

⁹³ Örneğin, Berlin İdare Mahkemesi Kanunu (Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung)

⁹⁴ Redeker/von Oertzen, s. 68; Tettinger/Wahrendorf, s. 31.

maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, ilk dereceli idare mahkemelerinin kararlarına karşı;

1)İstinaf yoluna (Berufung gegen Urteile des Verwaltungsgerichts) (m.46/1),

2)itiraz yoluna (Beschwerde gegen andere Entscheidungen des Verwaltungsgerichts) (m.46/2) ve

3)temyiz yoluna (Revision gegen urteile des Verwaltungsgerichts) (m.46/3) başvurulmaktadır.

Yüksek idare mahkemelerin, ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı konular Federal İdare Mahkemeleri Kanununun 48. maddenin 1. fıkrasında 9 bent halinde ve ayrıca 2. fıkrada sayma yoluyla düzenlenmiştir. Bunlara örnek olarak, Atom Yasasının 7 ve 9. maddelerinde belirtilen atom enerjisi üreten tesislerin kurulması, işletilmesi, genişletilmesi konusunda çıkan uyuşmazlıklar, Atom Yasasının 7 ve 9. maddeleri dışında kalan nükleer enerji üreten tesislerin yeniden düzenlenmesi konusundaki uyuşmazlıklar ve elektrik santrallerinin kurulması, işletilmesi ve yenilenmesi ile ilgili uyuşmazlıklar verilebilir.

Yüksek İdare Mahkemesi, İnşaat Kanununa dayanılarak yapılan tüzüklerin (Satzungen) ve aynı Kanunun 246/2 maddesine dayanılarak yapılan kararnamelerin (Rechtsverordnungen) “geçerliliklerini” de denetlemektedir (m.47/1). Bunların eyalet anayasa hukukuna uygunluğunu denetlemek ise eyalet anayasa mahkemelerinin görevine girmektedir (m.47/3). Ayrıca eyalet yüksek idari makamların, Dernekler Yasası gereğince dernek kapatma kararlarına karşıda, yüksek idare mahkemeleri, ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaktadır (m.48/2).

3) Eyalet Yüksek İdare Mahkemeleri Üyeleri

Yüksek idare mahkemeleri bir başkan, yüksek mahkeme daire başkanlarından ve yeterli sayıda hakimlerden oluşmaktadır (AİMK. m.10). Ancak eyaletler, yasayla farklı sayıda yasal hakim öngörebileceği gibi, fahri hakimde görevlendirebilmektedirler (m.10/3). Eyalet yüksek idare mahkemelerinde üç çeşit hakim görev yapmaktadır. Bunlar; ömür boyu atanmış asıl hakimler (Richter auf Lebenszeit) (m.15), ek görevli hakimler (Richter im Nebenamt) (m.16) ve fahri hakimlerdir (Ehrenamtliche Richter)(AİMK.m.19).

a) Ömür Boyu Görev Yapacak Asıl Hakimleri

Federal Hakimler Kanununun 5. maddesine göre ancak üniversitelerde hukuk eğitimi almış, birinci ve ikinci devlet sınavlarında⁹⁵ (Staatsprüfung)

⁹⁵ Almanya’da hukuk fakültesi mezunu öğrencilerin, hukuk diploması alabilmeleri için bu sınavların ikisini de başarmaları gerekmektedir. Her öğrenci başarısızlık durumlarında; eğer fakülteyi zamanında bitirirse üç, geç bitirirse iki kez tekrar

yeterli not almış hukukçular asıl hakim olarak görev yapabilmektedirler. Ayrıca hakim adayların yeterli derecede bir yabancı dile sahip olduklarını da bir belge ile ispat etmeleri gerekmektedir (5a/2).

b) Ek Görevli Hakimler

Ömür boyu görev yapacak asıl hakimlerin göreve alınması ve atanmaları, Federal ve Eyalet Hakim Kanunlarında yer alırken, ek görevli hakimlerden Federal Hakimler Kanununda hiç bahsedilmemiştir. Ancak bunların atanmasını engelleyen bir düzenlemeye de gidilmemiştir.

Ek görevli hakimler, ilk dereceli idare mahkemelerinde ve eyalet yüksek idare mahkemelerinde görev yapabilirken, Federal Yüksek İdare Mahkemesinde bu mümkün olmamaktadır⁹⁶. Ek görevli hakim olarak ancak, bir başka mahkeme de ömür boyu görev yapan asıl hakimler ile hukuk eğitimi veren profesörler görev yapabilmektedir. Böylece bir hukuki uyumluk konusunda karar verilirken, teori ve pratik tecrübeler birleştirilerek en iyi karara varmak amaçlanmaktadır⁹⁷.

Ek görevli hakim olarak atanan kişiler, en az iki yıl, en çok da diğer meslekleri sona erinceye kadar mahkemede görev yapabilmektedirler (m.16). Asıl görevlerinden bir şekilde ayrılmış ya da emekli olmuş hukuk profesörleri ve hakimler ek görevli hakim olarak atanmamaktadırlar⁹⁸. Bunlar geçici bir süre için dahi asıl görevlerinden ayrılmış da olsalar yine de mahkemelere ek görevli hakim olarak atanmaları imkansızdır (AHK.m.35). Ek görevli hakimlerde, ömür boyu atanmış asıl hakimler gibi yargıçlık statüsüne sahiptirler, dolayısıyla Federal Anayasanın 97. maddesinde düzenlenen hakimlere tanınan güvencelerden yararlanmaktadırlar⁹⁹.

Yüksek idare mahkemelerinde görev yapacak hakimlerin bu görevlere atanmaları konusunda eyaletler arasında farklılıklar gözlenmektedir.

sınava girme hakkına sahiptir. Sınavlarda başarısız olan öğrenciler, hukuk eğitimi almış olmalarına rağmen diplomaya sahip olamamaktadırlar. Dolayısıyla avukat, hakim savcı ya da noter gibi hukuk fakültesi mezunlarının icra ettikleri meslekleri yerine getirememektedirler. 2004 yılında 1138 hukuk fakültesi mezunu, Berlin'de birinci hukuk devlet sınavına katıldı; 786 öğrenci bu sınavı kazandı (=69,1%). <http://www.jurablogs.com/de/ergebnisse-der-ersten-juristischen-staatsexamen-in-berlin>

⁹⁶ Hufen, s. 58; Redeker/von Oertzen, s. 87.

⁹⁷ Hufen, s. 58; Redeker/von Oertzen, s. 87.

⁹⁸ [Erich Eyermann/Ludwig Fröhler](#), Rn. 2.

⁹⁹ BVerfG 48 316f.

Bazı eyaletler¹⁰⁰, Federal Yüksek İdare Mahkemesi üyelerin atanmasında olduğu gibi, yetkili eyalet bakanı ve aynı sayıda eyalet meclisi tarafından seçilmiş üyelere oluşan bir “Yargıçlar Seçim Komisyonu” ile atama işlemini gerçekleştirirken bazı eyaletlerde¹⁰¹ ise, yüksek mahkemede görev yapacak hakimler eyalet hükümetleri tarafından atanmaktadır. Berlin’de Berlin Anayasasının 69/2 maddesine göre yüksek mahkemelerin başkanları eyalet meclisi tarafından doğrudan seçilmektedir.

c) Fahri Hakimler

İdare mahkemelerinde fahri hakimlerde görev yapmaktadır. Fahri hakimler, sözlü yargılamada yargılamanın tamamına katılırken, sözlü yargılamanın olmadığı durumlarda da sadece karar verme aşamasına katılmaktadırlar. Bunlarda, görev yaptıkları sürece diğer hakimlerle aynı hak ve yetkilere sahiptirler (AİMK. m.19). Eyalet yüksek idare mahkemelerinde, fahri hakim görev yapabilmeleri için ilgili eyalet yasasının bunu açıkça öngörmesi gerekirken, idare mahkemelerinde yargılama aşamasında sürekli fahri hakim görev yapmaktadır¹⁰².

Fahri hakimlerde diğer hakimler gibi bağımsız olup ancak yasayla bağlıdırlar. Bunlara da, hakimlik görevi icra ettikleri sürece, herhangi bir emir ve talimat verilemediği gibi, devlet memuru muamelesi de yapılamaz¹⁰³.

Duruşmalarda, mahkeme başkanları, fahri hakimlerin talepleri üzerine, dava konusu olayın aydınlatılması için “yararlı sorular” (sachdienliche Fragen) sormalarına izin verebildikleri gibi (AİMK.m.104/2), fahri hakimler de tanık dinlenmesi ya da bilir kişi atanması talebinde (AİMK. m.98) bulunabilirler. Bununla beraber fahri hakimler, hem kararın yazılma aşamasına katılmadıkları gibi hem de kararın altına imza da atamazlar¹⁰⁴. Ayrıca mahkeme başkanı, karar tasarisını (Urteilsentwurf) tamamlama görevini fahri hakimlere tevdi edemez¹⁰⁵.

Fahri hakimler de görevlerini yaparken ya da görevleri sona erdikten sonra, bir takım kurallara uymak zorundadırlar. Anayasa ve yasalara bağlı kalarak, vicdanlarına uyararak (nach bestem Wissen und Gewissen), hatır gönül bilmeyerek (ohne Ansehen der Person) karar vermeli böylece gerçeğe ve adalete hizmet etmelidirler (AHK. m. 45/3). Göreve yemin ederek başlamaları gerektiği gibi (AHK.m.45), zamanında duruşmalarda da bulunmak zorundadırlar (AHK.

¹⁰⁰ Baden-Württemberg, Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen ve Schleswig-Holstein.

¹⁰¹ Bayern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz ve Saarland.

¹⁰² Hufen, s. 59; Redeker/von Oertzen, s. 91.

¹⁰³ [Erich Eyermaun/Ludwig Fröhler](#), Rn. 1; Tettinger/Wahrendorf, s. 32.

¹⁰⁴ BVerwG 4, 272.

¹⁰⁵ Redeker/von Oertzen, s. 90.

m.33). Eğer mahkemenin bulunduğu bölgeden başka yere taşınırlarsa bunu hemen mahkeme başkanına bildirerek, görevlerinden ayrılmak zorundadırlar (AHK. m.24/3). Fahri hakimler de görev süreleri bittikten sonra, katıldıkları duruşmalarla ilgili bilgileri açıklayamazlar (AHK.m.45/1). Ayrıca fahri hakimler hizmet içinde ve dışında kendi itibarlarını, görev ve haysiyetlerini zedeleyici davranışlarda da bulunamazlar¹⁰⁶.

Fahri hakimler göreve ilişkin sorumluluklarını yerine getirmezlerse, para cezasına mahkum edilmektedirler. Ayrıca değişik faaliyetleri sonucunda bir zarar oluşmuşsa bu zararı da kendileri karşılamaktadır (AİMK. m.33). Ağır surette görevlerini ihlal ederlerse, görevden de uzaklaştırılmaktadırlar (AİMK. m.24).

Fahri hakim olabilmek için Alman vatandaşı olmak, otuz yaşını tamamlamış olmak ve bu göreve seçilmeden önce görev yapacağı mahkemenin sorumluluk bölgesinde ikamet etmiş olmak gerekmektedir (AİMK. m. 20). Federal ya da eyalet ya da Avrupa parlamentosuna seçilmiş milletvekilleri, kamu kurumlarında fahri olarak çalışmayan asıl görevliler, hakimler, asker ve subaylar, avukatlar, noterler, yabancı hukuku icra eden kişiler fahri hakim olarak mahkemelerde görev yapamazlar (AİMK.m.22). Yerine getirdikleri hizmetlerin özelliği gereği de, din adamları, doktorlar, hemşire ve hasta bakıcıları, daha önceden sekiz yıl bir idare mahkemesinde fahri hakimlik yapmış kişiler, eczacılar ve altmış beş yaşını tamamlamış kişiler de fahri hakim olarak görev yapamamaktadır (AİMK.m.23).

“Ağır özel durumların” varlığı halinde fahri hakimler mahkeme başkanlığına başvurarak görevlerinden ayrılabilirler (AİMK.m.23/2). Ağır özel durumlara zayıf, sakat ve hasta olmak, çok çocuklu ailelerde anneler (Müttern mit kinderreichen Familien), mesleği gereği yurt dışına gitmesi gerekenler örnek verilebilir¹⁰⁷.

Fahri hakimler, seçimle dört yıl için göreve gelmektedir. Bunun için ilçeler, dört yılda bir “fahri hakimlik aday listesi” yayınlamaktadır. Ancak bu listenin geçerli olabilmesi için İlçe Temsilciler Kurulu (Vertretungskörperschaft des Kreises) üyelerinin üçte ikisinin oyunun alınması zorunludur. Gerekli oyu alan liste, fahri hakimlerin görev yapacağı ilgili mahkemeye gönderilmektedir (AİMK.m.28). Mahkeme başkanı, eyalet hükümeti tarafından atanan bir kamu görevlisi ve “yedi güvenilir kişi”den oluşan seçim kurulunu toplantıya çağırarak gerekli sayıda fahri hakim göreve atanmasını sağlamaktadır (AİMK.m.26).

Yedi güvenilir kişi ya eyalet parlamentosu tarafından doğrudan seçilmekte, ya da parlamentonun oluşturacağı komisyon tarafından

¹⁰⁶ Redeker/von Oertzen, s. 90.

¹⁰⁷ Köhler, Andreas , Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 1960, s.150

seçilmektedir. Eyalet yasaları bu konuda farklı bir düzenlemeye de gidebilmektedir (AİMK.m. 26).

Fahri hakimler, “Fahri Hakimler Ücret Yasası” (Gesetz über die Entschädigung der ehrenamtlichen Richter) gereğince yaptıkları hizmet karşılığında belli ücrete tabi tutulmaktadır.

C. İdare Mahkemeleri

1) İdare Mahkemelerinin Yapısı

Alman İdare Mahkemeleri Kanununun 3. maddesinde, eyaletlerde kurulması öngörülen idare mahkemeleri, idari yargı alanının ilk derece idare mahkemeleridir. Yasalarla başka yargı yerlerinin görev alanına girmeyen idari uyuşmazlıklara karşı açılacak idari davalar, idare mahkemelerince karara bağlanır (AİMK.m.45).

İdare mahkemelerinin kurulması, eyalet yüksek idare mahkemelerinde olduğu gibi eyaletlerin yetki alınma giren bir konudur. Bu nedenle bu konudaki düzenlemeler eyalet meclisleri tarafından Eyalet İdare Mahkeme Kanunlarında yapılmıştır¹⁰⁸.

İdare mahkemeleri, kamu görevlilerinin işlemlerine ve eylemlerine karşı açılacak idari davaları karara bağlamaktadır. Ancak İş Bulma Kurumunun görev alanı ile ilgili uyuşmalıklar ile, (Bundesagentur für Arbeit), emeklilik ve sosyal dairelerin yerine getirdikleri sosyal hizmetlere ilişkin konularda idare mahkemeleri değil, sosyal mahkemeler görevli mahkemeler olarak yer almaktadır. Sosyal yardımlar konusunda da 2005 yılında yapılan değişiklikle artık idare mahkemeler görevli değildir.

İdare mahkemeleri, bir başkan, daire başkanlarından ve yeterli sayıda hakimden oluşmaktadır (AİMK.m.3/1). İdare mahkemelerinde de yine yeterli sayıda değişik idari uyuşmalıklarda görevli daireler kurulmuştur¹⁰⁹. İdare mahkemelerinde de daireler, Alman Mahkemeleri Teşkilatı Hakkında Kanununun 4 ve 21e maddelerinde düzenlenen idari mahkemelerin özerkliği ilkesi gereğince, mahkeme başkanlığı organı tarafından kurulmaktadır. İdare mahkemelerinde, hangi hakimin, hangi dairede görev yapacağına ve yine dairelerde kaç tane hakimin görev yapacağına mahkeme başkanlığı tarafından karar verilmektedir¹¹⁰. Ancak daire kurulabilmesi için yeterli kadronun özellikle daire başkanı için bulunması gerekmektedir¹¹¹. İdare mahkemelerinde ayrıca

¹⁰⁸ Hufen, s. 56; Redeker/von Oertzen, s. 67.

¹⁰⁹ Redeker/von Oertzen, s. 67; Tettinger/Wahrendorf, s. 31.

¹¹⁰ Kopp, s. 54; Redeker/von Oertzen, s. 68.

¹¹¹ Redeker/von Oertzen, s. 56.

disiplin hukuku, tahkim ve kamu hizmetlerinde çalışan görevlilerin temsilcileri ile ilgili ihtisas daireleri de kurulmaktadır.

İdare mahkemelerinde kurulan dairelerde üç asıl hakim ve iki fahri hakim görev yapmaktadır. Ancak fahri hakimler, sadece sözlü duruşmalara katılabilmektedir (AIMK.m.5/3). Fahri hakimlerin yargılama faaliyetlerine katılmaları ile, yargı organlarının halka yakınlaşması amaçlanmaktadır¹¹². Ayrıca hukuk eğitimi almış hakimi, meslekten olmayan kişi ile tartışmaya zorlayarak, hakimlerin soyut, yaşamdan uzak kararlar vermeleri ya da adalet arayan kişilerin anlayamayacağı hukuki kararlar vermeleri engellenmektedir¹¹³.

2) İdare Mahkemelerinin Görev ve Yetkileri

Alman İdare Mahkemeleri Kanunu, idare mahkemelerinin sorumlu olduğu alanları belirlerken, “konu yönünden yetki” ve “yer yönünden yetki” olmak üzere ikili bir ayırımı gitmiştir. Buna ilişkin olarak 45. madde de, idare mahkemelerinin konu yönünden yetki alanları düzenlenirken, 52. maddede de yer yönünden yetki alanları düzenlenmiştir¹¹⁴.

45. madde, yasalarla başka yargı yerlerinin görev alanına girmeyen idari uyuşmazlıkları, idari yargı alanının ilk derece mahkemeleri olarak idare mahkemelerinin karara bağlayacağını öngörmüştür. Yani idare mahkemeleri genel görevli mahkemelerdir¹¹⁵.

52 . madde ise, idare mahkemelerinin yer yönünden yetkili olduğu alanların neler olduğunu açıkça saymış ve sınırlandırmıştır. Bu durumda, artık, eyaletler yeni yasa ile ya da aralarında yapacakları anlaşmalarla idare mahkemelerinin yer yönünden yetkili olduğu alanları değiştiremeyecekleri gibi yeni görevlerde yükleyemeyeceklerdir¹¹⁶.

52. maddeye göre idare mahkemelerinin yetkileri:

1) Taşınmaz mallarla ilgili mevzuatın uygulanmasından veya bunlara bağlı her türlü haklara ilişkin idari davalarda yetkili mahkeme, taşınmaz malların bulunduğu yer idare mahkemesidir.

2) İdari işlemlere karşı iptal davalarında (Anfechtungsklage), idari işlemi yapan idari merciin bulunduğu yer idare mahkemesi yetkilidir. Aynı durum tam yargı davaları içinde geçerlidir. Azül Yasasının uygulanmasında çıkan uyuşmazlıklarda ise, kişinin ikametgahının bulunduğu yer idare

¹¹² Kopp, s. 53.

¹¹³ Kopp, s. 53.

¹¹⁴ Kopp, s. 458; Redeker/von Oertzen, s. 247.

¹¹⁵ Hufen, s.52; Redeker/von Oertzen, s. 288.

¹¹⁶ BVerfG, DVBl 1974, s. 633.

mahkemesi yetkilidir. Federal Almanya'nın diplomatik ve konsolosluk temsilcilikleri ile ilgili uyuşmazlıklarda, Federal Devlete karşı dava açıldığında Federal Hükümetin bulunduğu yer idare mahkemesi yetkilidir.

3) Bir ve dördünce fıkralar hariç olmak üzere diğer bütün iptal davalarında, idari işlemin yapıldığı yer idare mahkemesi yetkilidir. İdari işlemi yapan kamu görevlisinin bulunduğu yer, birden fazla idare mahkemesinin yetki alanını kapsıyorsa, idari işleme karşı dava açan kişinin ikametgahının bulunduğu yer idare mahkemesi yetkilidir.

4) Kamu tüzel kişilerine ve kamu görevlilerine karşı açılacak idari davalarda, davacının ikametgahının bulunduğu yer idare mahkemesi yetkilidir. Eğer davacı, idari işlemi yapan kamu görevlisinin yetkili olduğu bölge içinde ikametgaha sahip değilse, bu durumda idari işlemi yapan kamu görevlisinin ikametgahının bulunduğu yer idare mahkemesi yetkilidir.

5) Diğer idari uyuşmazlık durumlarında davalının bulunduğu yer idare mahkemesi genel yetkili idare mahkemesidir.

52. madde genel ve özel yetki kuralı ayırımına gitmektedir. İlk dört fıkra, özel yetki kuralını koyarken, 5. fıkra genel yetki kuralını öngörmektedir¹¹⁷. Tekrar etmek gerekirse, birinci fıkraya göre, dava konusu taşınmaz mallarla ilgili her türlü idari davalarda yetkili mahkeme, taşınmaz malın bulunduğu yer idare mahkemesidir. İkinci ve üçüncü fıkralar iptal ve tam yargı davalarında yetkili mahkemeleri göstermiştir. Dördüncü fıkra ise kamu görevlileri ile ilgili idari davalarda, yetkili idari yargı yerinin, davacının ikametgah adresinin bulunduğu yer idare mahkemesi, eğer, davacı, idari işlemi yapan kamu görevlisinin, yetkili olduğu bölge dışında ikamet adresine sahipse bu durumda, kamu görevlisinin ikametgahının bulunduğu yer idare mahkemesinin yetkili olduğu düzenlemiştir. Beşinci fıkrada ise genel yetki kuralı düzenlenmiş, üstte belirtilen hukuki idari uyuşmazlıklar dışında kalan diğer uyuşmazlıklar da, davalının şimdiki ya da eski ikametgah adresinin bulunduğu yer idare mahkemesi yetkili olmaktadır¹¹⁸.

İptal davalarında yetkili mahkeme iki ve üçüncü fıkralarda düzenlenirken, tam yargı davaları içinde aynı düzenlemelerin geçerli olduğu açıkça kabul edilmiştir. İptal davalarında, idare mahkemelerinin yetkileri konusundaki düzenlemelere göre; asıl davalı taraf, idari işlemi yapan kamu görevlisidir. Kamu görevlisinin çalıştığı idare ise, davaya müdahil (Beteiligte) olabilmektedir¹¹⁹.

¹¹⁷ Kopp, s. 580; Redeker/von Oertzen, s. 346.

¹¹⁸ Kopp, s. 581; Redeker/von Oertzen, s. 352.

¹¹⁹ BVerwG 9, 172.

3) Görev ve Yetki Uyuşmazlıkları

İdari yargıda görev ve yetki sorunu ancak idare mahkemeleri arasında söz konusu olabilmektedir. Görev ve yetki uyuşmazlığın giderilmesi konusu, Alman İdari Mahkemeler Kanununun 53. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “görev ve yetki uyuşmazlığı çıktığında bir üst mahkeme bu uyuşmazlığın giderilmesinde yetkilidir” (m.53/1). Aynı eyalette bulunan idare mahkemeleri arasında ortaya çıkan görev ve yetki uyuşmazlığını eyalet yüksek idare mahkemesi, farklı eyalet idare mahkemeleri ile yüksek idare mahkemeleri arasında çıkan görev ve yetki uyuşmazlığını da Federal Yüksek İdare Mahkemesi çözmekle yetkilidir¹²⁰.

İdare mahkemeleri doğrudan kendileri, ya da davanın tarafları bir üst mahkemeye görev ve yetki uyuşmazlığı için başvuruda bulunabilirler (m.53/3). Üst mahkemelerin görev ve yetki uyuşmazlığını çözen kararları kesindir¹²¹. Bu nedenle, üst idare mahkemesince görevli veya yetkili görülüp, dosyanın kendisine gönderildiği alt derece idare mahkemesi davaya bakmak zorunda olduğu gibi, yeniden görevsizlik ya da yetkisizlik kararı da veremez¹²².

SONUÇ

Federal Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen, “bir kamu gücü tarafından, hakları ihlal edilmiş olan herhangi bir şahsa yargı yolu açtırır” kuralı gereğince, idarenin yaptığı bütün idari işlemlerin hukuka uygunluğu, adli mahkemelerden ayrı olarak kurulan, idare mahkemeleri tarafından objektif hukuka uygun olarak denetlenmektedir. Ayrıca 17. Yüzyılda geçerli olan ve “olağanüstü yargılama” (außerordentliche Gerichtsbarkeit) olarak adlandırılan sisteme göre, idare mahkemeleri işlevlerini devlet memurları aracılığıyla yerine getirirken¹²³, bunun yerine, bugün “yargı yetkisi hakimlere aittir” kuralını getiren Federal Anayasa'nın 92. ve hakimlerin bağımsızlığını düzenleyen 97. maddeleri kabul edilmiştir.

Ancak bununla beraber Federatif yapısından dolayı idari yargı, (Verwaltungsgerichtsbarkeit) eyaletler arasında çeşitlilik göstermektedir. Bu çeşitliliğe rağmen idari yargının gelişiminde bütün eyaletlerde belli temel sorular ön planda tutulmuştur. Bunlar¹²⁴;

1) İdarenin her türlü eylem ve faaliyetleri yargı denetimi altına alınacak mıdır? Yoksa bunların istisnaları olmalı mıdır?

¹²⁰ Kopp, s. 587; Redeker/von Oertzen, s. 354.

¹²¹ Redeker/von Oertzen, s. 255.

¹²² Eyermann/Fröhler, Rn. 14; Redeker/von Oertzen, s. 355.

¹²³ Achterberg, s. 49; Maurer, s. 13.

¹²⁴ Hufen, s. 25.

2) Yargı denetimi, adliye mahkemeleri tarafından mı yoksa, idari mahkemeleri tarafından mı yerine getirilmelidir?

3) Yargısal denetimde “objektif hukuk”a uygunluk mu ön planda tutulmalı, yoksa “sübjektif haklar” mı korunmalıdır?

Bugün için artık bu gibi sorular çok da fazla sorulmamaktadır. Bu sorulardan daha önemli olarak; her geçen gün artan idari davaların sayısı, idari yargıda kriz sinyallerine sebep olmaktadır¹²⁵. Çünkü artan dava sayısı (Massenverfahren), hukuki sorunların birikmesine sonra da duruşmaların uzamasına sebep olmaktadır. Bu da hukuka olan güveni sarstığı gibi, ortaya çözülmesi gereken yeni hukuki sorunlar da çıkartmaktadır¹²⁶. Federal Yüksek İdari Mahkemesi’de, bir çok kararında açıkça bu sorunlara değinerek “etkin hukuki korunmanın ancak uygun bir zaman (in angemessener Zeit) içinde” gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir¹²⁷.

İdari yargının iş yükünün azaltılması uzun zamandır tartışılmaktadır. Bu konuda, yeni idare mahkemelerinin kurulması ya da mevcutların imkanlarının iyileştirilmesi gibi düşünceler dışında, yasama organının duruşma tarihlerinin hızlandırılması için mahkemelere baskı yapan düzenlemeleri de göze çarpmaktadır¹²⁸. Bunlara; “İzin Verme Yönteminin Hızlandırılması Kanunu¹²⁹” (das Gesetz zur Beschleunigung von Genehmigungsverfahren) ya da “İdari Mahkemeler Kanununun ve Diğer Kanunların Değiştirilmesi İçin Altıncı Kanun¹³⁰” (das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsordnung und anderer Gesetze) gibi kanunlar örnek olarak verilebilir. Ancak bu düzenlemeler, İdari Yargılama Usulü Kanununun temel esaslarını ve sistematüğini etkilediği için eleştirilmiştir¹³¹.

Bunlardan başka, 1993 yılında belli hukuki uyuşmazlıkların, idare mahkemesi hakimlerinden birisi tarafından çözümlenmesi (AİMK m.6) (Kammerprinzip) kuralı getirilmiştir¹³². Ayrıca eyalet yüksek idare mahkemelerinin görev alanları genişletilmiş (AİMK.m.48) ve bu mahkemelerde belli hukuki uyuşmazlıklarda iş bölümü yapılması yoluna gidilmiştir¹³³.

¹²⁵ Hufen, s. 37.

¹²⁶ Hufen, s. 38.

¹²⁷ BVerfG 55, 349 (369); 60, 253 (269).

¹²⁸ Hufen, s. 38.

¹²⁹ Vom 12. September 1996; BGBl. I. s. 1354.

¹³⁰ Vom 1. November 1996; BGBl. I. s. 1629.

¹³¹ Hufen, s. 42

¹³² Redeker/von Oertzen, s. 70.

¹³³ Redeker/von Oertzen, s. 321.

KAYNAKÇA

ACHTERBERG, Norbert: Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 1986.

BRUNO, Schmidt-Bleibtreu/**KLEIN**, Franz: Kommentar zum Grundgesetz, Neuwied 2004.

BETTERMAN, Karl August: Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, III/2, 1959.

EYERMANN, Erich/**FRÖHLER**, Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, München 1988, s. 1; Ule, Carl Hermann, Verwaltungsprozessrecht, Speyer 1987.

GROSS, Thomas: Selbstverwaltung der Gerichte als Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit, Auszug (Kurzzitat) aus: Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 2003.

HESELBERGER, Dieter: Das Grundgesetz : Kommentar für die politische Bildung, Neuwied 1999.

KATZ, Alfred: Staatsrecht, Heidelberg 1996.

HUFEN, Friedhelm: Verwaltungsprozessrecht, München 2005.

IPSEN, Jörn: Staatsrecht I, Neuwied, 1997.

JESSE, Eckhard: Die Demokratie der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1997.

KIMMICH, Otto, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in der Weimarer Republik, Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg 1988.

KISSEL, Otto Rudolf: Neus zur Gerichtsverfassung; III. Grosse Senate der obersten Gerichtshöfe, NJW 1991.

KÖHLER, Andreas: Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 1960.

KOPP, Ferdinad: Verwaltungsgerichtsordnung, München 2005.

MAUNZ, Theodor/**DÜRÜG**, Günter/**HERZOG**, Roman: Grundgesetz, Kommentar, München 1997.

MAURER, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, München 2002.

REDEKER, Konrad/von **OERTZEN** Hans-Joachim: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Stuttgart 2004.

RIDDER, Helmut K.J: Empfiehlt es sich die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen? Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag.

STERN, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München 1980.

STOLLEIS, Michael: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus, in: Festschrift für Christian-Friedrich Menger, 1985.

TETTINGER, Peter/**WAHRENDORF**, Volker: Verwaltungsprozessrecht, München 2005.

ULE, Carl Hermann: Verwaltungsprozessrecht, Speyer 1987.

WERNER, Fritz: Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag, 1965.

WERNER, Frotzcher/**BODO**, Pieroht: Verfassungsgeschichte, München 2005.

**2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM KANUNU'NUN 35.
MADDESİNİN GETİRDİĞİ DÜZENLEME VE BU DÜZENLEMENİN
UYGULANMASINDAN DOĞAN SORUNLAR**

Dr. M. Savaş BAYINDIR*

ÖZET

Bu çalışmada araştırma görevlilerinin hukuki statüsü ile bunların 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35. madde kapsamında bir üniversiteden bir başka üniversiteye gönderilmeleri ele alınmıştır. Bu madde kapsamında görevlendirilen araştırma görevlilerinin mecburi hizmet yükümlükleri ile kendilerine imzalatılan senetler ile bunlardan doğan uyumsuzluklar bu çalışmada irdelenmeye çalışılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER: Araştırma Görevlisi, Yükseköğretim Kanunu, Mecburi hizmet, Üniversite, Yükseköğretim Kurulu

**THE ARTICLE 35 OF ACT OF HIGHER EDUCATION (NO.
2547) AND PROBLEMS DERIVED FROM THIS ARTICLE'S
APPLICATION**

ABSTRACT

This study deals with legal status of research assistants and their transfer from a university to another university within the context of article 35 of Act of Higher Education (No. 2547). In addition, any conflict that may arise from compulsory services that have to be carried out by the research assistants that are subject to article 35 and also any conflict that may arise from their contractual liability for these compulsory services are examined.

KEYWORDS: Research Assistant, Act of Higher Education, Compulsory service, University, Council of Higher Education.

1- Giriş

Bu çalışmanın konusu 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35. maddesine 1983 yılında 2880 Sayılı Kanun ile eklenen fıkralar kapsamında öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35. Maddesinin Getirdiği Düzenleme

kadrolarının, araştırma veya doktora çalışması yaptırmak üzere başka bir üniversiteye, Yükseköğretim Kurulunca geçici olarak tahsis edilmeleridir. 35. maddeye göre bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar, bu eğitimin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönerler. Yurt içi veya yurt dışında yetiştirilen öğretim elemanları, genel hükümlere göre bağlı oldukları yükseköğretim kurumlarında mecburi hizmetlerini yerine getirmek zorundadırlar. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere, yükseköğretim kurumlarında görev verilmez. Özel kanunlarla getirilen mecburi hizmet çalışmaları bu hüküm dışındadır.

Anayasanın 130/3 hükmü, üniversitelerin ülke sathında dengeli bir biçimde yayılması gerekliliğini, 131/1 hükmü ise yükseköğretim kurumlarının öğretimini planlamak, düzenlemek, yönetmek, denetlemek, yükseköğretim kurumlarındaki eğitim-öğretim ve bilimsel araştırma faaliyetlerini yönlendirmek; üniversitelerin gelişmesini ve kaynakların etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak ve öğretim elemanlarının yetiştirilmesi için planlama yapmak maksadı ile Yükseköğretim Kurulu kurulmasını öngörmektedir.

2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "ana ilkeler" başlıklı 5/h hükmü, *"üniversitelerin geliştirilmesi, verimlerinin artırılması ve bütün yurda yaygınlaştırılması amacıyla yönelik olarak yenilerinin açılması, öğretim elemanlarının yurt içinde ve dışında yetiştirilmeleri ve görevlendirilmelerini"* 7/a hükmü Yükseköğretim Kurulu'nun görevleri arasında *"yükseköğretim alanlarının ihtiyaç duyduğu öğretim elemanlarının yurt içinde ve yurt dışında yetiştirilmesini"*; 7/b hükmü ise *"Yükseköğretim kurumları arasında bu Kanunda belirlenen amaç, ilke ve hedefler doğrultusunda birleştirici, bütünleştirici, sürekli, ahenkli ve geliştirici işbirliği ve koordinasyonun sağlanmasını"*; 7/n hükmü ise *"gerektiğinde yeni kurulan veya gelişmekte olan üniversitelere gelişmiş üniversitelerin eğitim - öğretim ve eleman yetiştirme alanlarında yapacağı katkıyı gerçekleştirmek için gelişmiş üniversiteleri görevlendirmek ve bu konudaki uygulama esaslarını tespit etmeyi"* düzenlemektedir.

Yükseköğretim Kanunu'nun 35. maddesi üniversitelere *"kendilerinin ve yeni kurulmuş ve kurulacak diğer yükseköğretim kurumlarının ihtiyacı için yurt içinde ve dışında, kalkınma planı ilke ve hedeflerine ve Yükseköğretim Kurulunun belirteceği ihtiyaca ve esaslara göre öğretim elemanı yetiştirme"* görev ve amacını vermektedir.

Anayasa ve kanun hükümlerinden anlaşılacağı üzere kanun koyucunun amacı öğretim elemanlarının ve dolayısıyla üniversitelerin ülke genelinde geliştirilmelerini sağlamak ve sürdürmektir.

Halen, Türkiye'de üniversitelerin birçoğu yeterli öğretim elemanı yokluğundan ve "gelişmekte olan üniversite" sayıldığından, temel görevi

olmasına karşın, kısmen veya tamamen lisansüstü eğitim verememektedir. Bu nedenle öğretim elemanı açığını kapatmak ve gelişmişliği sağlamak adına geliştirmekte olan üniversitelerin araştırma görevlileri lisansüstü eğitim görmek amacıyla “gelişmiş üniversite”lere yani lisansüstü eğitim veren üniversitelere master ve doktora yapmak amacıyla kadrolarıyla birlikte gönderilmektedir. Bu durum Yükseköğretim Kanunu’nun 35/2 hükmünde “*öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere başka bir üniversiteye, Yükseköğretim Kurulunca geçici olarak tahsis edilebilir. Bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar, bu eğitimin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönerler*” şeklinde düzenlenmektedir.

35. madde uyarınca “gelişmiş üniversite”lere gönderilen araştırma görevlilerinin master ve doktoralarını tamamladıktan sonra eski üniversitelerine dönmeme ihtimaline karşı bir önlem alınmıştır. 35/3 hükmüne göre “*yurt içi veya yurt dışında yetiştirilen öğretim elemanları, genel hükümlere göre bağlı oldukları yükseköğretim kurumlarında mecburi hizmetlerini yerine getirmek zorundadırlar. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere, yükseköğretim kurumlarında görev verilmez. Özel kanunlarla getirilen mecburi hizmet çalışmaları bu hüküm dışındadır.*”

Uygulamada, bir başka üniversiteye bu madde kapsamında gönderilen araştırma görevlilerinden bazıları çeşitli sebeplerle master veya doktora eğitimlerini tamamlayamamakta veya tamamlasa bile eski üniversitelerine dönmemektedirler. Bu nedenle üniversiteler ve araştırma görevlileri arasında karşılıklı olarak yargı yerlerine başvurmaya kadar birçok uyuşmazlık doğmaktadır.

2- Araştırma Görevlisi Statüsü ve Hukuki Durumu

Yükseköğretim Kanunu, akademik personeli “öğretim elemanı” üst başlığında öğretim üyeleri (profesör, doçent ve yardımcı doçentler), öğretim görevlileri, okutmanlar ve öğretim yardımcıları olmak üzere dört ayrı statüde düzenlemektedir. Öğretim yardımcıları da yükseköğretim kurumlarında belirli süreler için görevlendirilen, eğitim-öğretim planlamacıları, uzmanlar, çeviriciler ve araştırma görevlileri olmak üzere dört ayrı alt statüde ele alınmaktadır. Bu bakımdan araştırma görevlileri öğretim elemanı ve dar kapsamda öğretim yardımcısıdır.

35. maddenin, bu statüler içinde sadece araştırma görevlilerini düzenlediği ve diğer kadro türlerini kapsamadığı görülmektedir. Danıştay da bir kararında bu statüler arasında ayrımı gözeterek 35. madde uyarınca kadro naklini isteyen okutman için “*okutman görevinde olan davacının, yukarıda anılan Yasa ve Yönetmelik hükümleriyle araştırma görevlilerine tanınan Yükseköğretim Kurumlarının ihtiyacı için, bir üniversitenin gelişmiş eğitim*

programında, diğer üniversitelerin elemanlarının lisansüstü eğitim görme imkânlarından yararlandırma olanağı bulunmadığı” yönünde karar vermiştir.¹

Araştırma görevlileri, Yükseköğretim Kanunu'nun 33. maddesine göre, “yükseköğretim kurumlarında yapılan araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olan ve yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevleri yapan öğretim yardımcılarıdır. Bunlar ilgili anabilim veya anasanat dalı başkanlarının önerisi, Bölüm Başkanı, Dekan, enstitü, yüksekokul veya konservatuvar müdürünün olumlu görüşü üzerine rektörün onayı ile araştırma görevlisi kadrolarına en çok üç yıl süre ile atanırlar; atanma süresi sonunda görevleri kendiliğinden sona erer. Bunlar aynı usulle yeniden atanabilirler.”

Kamu görevlileri Anayasanın 128. maddesinde dolaylı olarak tanımlanmaktadır. Buna göre “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür”. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 4. maddesi ise “Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır” şeklindedir.

Üniversitelerde çalışan “öğretim elemanları” Anayasanın 128. maddesi kapsamında genel idare esaslarına göre² asli ve sürekli olan kamu hizmetlerini³ yürütmekle birlikte Devlet Memurları Kanunu dışında özel bir kanun olan 2547 Sayılı Kanun'a tabidirler. Bu bağlamda araştırma görevlisi, Anayasaya uygun olarak genel ve asli kamu hizmetlerini yürütmekle birlikte Devlet Memurları Kanunu dışında bir istihdam türü ile atanmaktadır.⁴

¹ D.8.D., 27.10.2003 tarih ve E.2003/127, K.2003/4310 sayılı karar, Danıştay Bilgi Bankası.

² Günday'a göre genel idare esaslarından anlaşılması gereken, kamu gücü kullanılarak tek yanlı idari işlemler tesis etmek ve idari kararlar almaktır. GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2003, s.519.,

³ Kamu hizmetine ilişkin bir görevin asli ve sürekli olmasından anlaşılması gereken o görevin bir kadroya bağlanmış olmasıdır. Bu kadronun içeriği ve kapsamı bir sözleşme ile değil, genel, nesnel ve kişilik dışı olarak bir kanunla belirlenir. Kamu görevlisi idare tarafından tesis edilen bir atama işlemi ile bu statü ilişkisine sokulur. GÜNDAY, s.520.

⁴ “Genel idare Esasları” ve “asli ve sürekli görevler” kavramları için bakınız: ASLAN, Onur Ender, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.22 vd.

Araştırma görevlileri özel bir personel kanununa olan Yükseköğretim Kanunu'na tabidirler. Araştırma görevlilerinin statülerini belirlerken doğrudan Devlet Memurları Kanunu'nu esas almak yanlıştır. Bununla birlikte araştırma görevlileri bazı yönleri ile Devlet Memurları Kanunu'ndaki "memur" statüsüne bazı yönleri ile de "sözleşmeli personel" statüsüne benzemektedirler. Fakat bunların hiçbiri ile özdeş değildirler. Örneğin araştırma görevlileri genel idare esaslarına göre asli kamu hizmetlerini yürütmeleri bakımından memurlara, buna karşın belirli bir süreliğine atanmalarından dolayı sözleşmeli personel statüsüne benzemektedirler.

Araştırma görevlilerinin her iki statüye benzer özelliklerinin bulunmasından dolayı ortaya bir sorun çıkmaktadır. Çünkü Yükseköğretim Kanunu'nun 62. maddesine göre "*üniversite öğretim elemanlarının özlük hakları için bu kanun, bu kanunda belirtilmeyen hususlar için Üniversite Personel Kanunu, Üniversite Personel Kanununda bulunmayan hususlar için ise genel hükümler uygulanır*". Devlet Memurları Kanunu memurlar ve sözleşmeli personel için farklı hükümler öngördüğünden araştırma görevlileri bakımından hangi hükümlerin uygulanacağı tereddüt oluşturabilir. Araştırma görevlilerinin mecburi hizmet yükümlülüklerine ilişkin olarak Yükseköğretim Kanunu yeterli düzenleme içermemektedir. Bu nedenle mecburi hizmet uygulamalarından dolayı Devlet Memurları Kanunu'na başvurduğumuzda bunlara hangi statü hukukunun uygulanması gerektiği önem arz etmektedir.

Bize göre araştırma görevlilerine memurlara uygulanan hukuk uygulanmalıdır. Bunun birçok nedeni vardır. Öncelikle, araştırma görevlileri bir kadro karşılığında atanmaktadırlar ve atanmalarında memurlara ilişkin koşul ve usuller uygulanmaktadır. Buna paralel olarak, süreli de olsa "atama" şeklinde göreve gelmektedirler ve atanma sürelerinin sona ermesi durumunda yeniden atanmaları olağan sayılmaktadır.⁵ Araştırma görevlilerinin bir yılı aşan görevlendirilmelerinde süre sınırı kaldırılmaktadır. Diğer yandan, araştırma görevlileri tam gün mesaiye tabidiler, başka görev alamazlar. Bunlara Emekli Sandığı Kanunu uygulanır. Araştırma görevlileri, öğretim üyelerine yardımcı olmaları nedeniyle bunlarla aynı nitelikte kamu hizmeti görmektedirler. Nihayet, mecburi hizmet yükü yüklenmeleri dolayısıyla uzun yıllar (yüksek lisans ve doktora süresi kadar) görev yapmaları ve diğer kamu tüzelkişiliklerinde "memur" statüsüne naklen atanabilmeleri nedenleriyle bunlara Devlet

⁵ Araştırma görevlilerinin süre sonunda yeniden atanmaları gerektiğine ilişkin Danıştay kararları: D.5.D., 20.03.1986 tarih ve E. 1985/621, K.1986/345 sayılı karar. D.5.D., 17.03.1992 tarih ve E.1991/4138, K.1992/648 sayılı karar. D.8.D., 07.02.1995 tarih ve E. 1994/2851, K.1995/365 sayılı karar. D.5.D., 28.05.1985 tarih ve E.1981/2532, K.1985/1556 sayılı karar. D.5.D., 17.12.1986 tarih ve E.1986/1417, K.1986/1453 sayılı karar.

Memurları Kanunu'ndaki "memur" statü hukukunun uygulanması gerekmektedir. Tüm bu açıklamalardan, araştırma görevlisinin bir "memur" olmadığı ve fakat bunlara Yükseköğretim Kanunu'nda hüküm bulunmadığı durumlarda Devlet Memurları Kanunu kapsamında "memur" statü hukukunun uygulanması sonucu çıkmaktadır.

3- 35. Madde Kapsamında Bir Başka Üniversiteye Gönderilen Araştırma Görevlisinin Yükümlülükleri

Araştırma görevlileri, 35. maddenin 3. fıkrasına göre bir başka üniversiteye master veya doktora yapmak üzere görevlendirilebilirler. Bu şekilde gönderilen araştırma görevlileri genel hükümlere göre bağlı oldukları yani gelişmekte olan yükseköğretim kurumlarında mecburi hizmetlerini yerine getirmek zorundadırlar. Hükme göre bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere, yükseköğretim kurumlarında görev verilmez ve özel kanunlarla getirilen mecburi hizmet çalışmaları bu hüküm dışındadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki üçüncü fıkrada belirtilen yükümlülükler sadece doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar için geçerlidir. Gönderildikleri üniversitelerde çeşitli sebeplerden dolayı doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alamayanlar için böyle bir yükümlülük öngörülmemiştir. Zaten eğitimi tamamlayamayanların asıl kadrolarının bulunduğu üniversitelere döndürülerek istihdam edilmeleri ve bu kişilerden akademik görevlerde yararlanılması düşünülemez. Bu şekilde eğitimi tamamlayamayan araştırma görevlileri görevlerinden alınabilmektedir. Bu konuda çıkan uyuşmazlıklarda Danıştay, göreve son verme kararlarını hukuka uygun bulmaktadır.⁶

⁶ Uyuşmazlık, Atatürk Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Devreler ve Sistemler Anabilim Dalında araştırma görevlisi olan ve doktora yapmak üzere kadrosu Hacettepe Üniversitesine geçici olarak tahsis edilen davacının, doktora eğitiminde başarısız olması nedeniyle kadrosu ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlemden kaynaklanmıştır. 2547 sayılı Yükseköğretim Yasasının 33/a maddesinde, araştırma görevlilerinin ilgili anabilim veya anasanat dalı başkanlarının önerisi, bölüm başkanı, dekan, enstitü, yüksekokul veya konservatuvar müdürünün olumlu görüşü üzerine Rektörün onayı ile araştırma görevlisi kadrolarına en çok üç yıl süre ile atanacakları, atanma süresi sonunda görevin kendiliğinden sona ereceği, aynı Yasanın 35. maddesinde ise, öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadrolarının, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere, başka bir üniversiteye, Yükseköğretim Kurulunca geçici olarak tahsis edilebileceği, bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanların, bu eğitim sonunda

Yükseköğretim Kurulu, “Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmelik” adıyla 35. madde kapsamında bir yönetmelik çıkarmıştır. Bu yönetmelik 35. madde dayanak alınarak çıkarılmasına karşın 35. madde kapsamında yer almayan ve bu maddeye aykırı, mecburi hizmete ilişkin hükümler içermektedir.

35. madde, söz konusu araştırma görevlilerinin gelişmekte olan üniversitelere geri dönerek mecburi hizmetlerini yerine getirmeleri zorunluluğunu düzenlemektedir. Mecburi hizmetten kaçılmamasını sağlamak için de bir yaptırım öngörmektedir. Bu yaptırım, gelişmekte olan üniversiteye dönmeyenlere bir başka üniversitede görev verilmemesi yönündedir.

Buna karşın yönetmelik, 35. madde kapsamında görevlendirilen araştırma görevlilerinin geri dönmelerini sağlamak için kanunda öngörülmediği halde bunlardan “mecburi hizmeti yerine getirmek zorunda bulduklarına dair bir taahhüt ve kefalet senedi alınır” hükmünü getirmektedir. Hâlbuki kanunun, geri dönmeyen araştırma görevlileri için öngördüğü yaptırım çok açıktır. Bu

kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönecekleri hükümlerine yer verilmiştir.

Dosyanın incelenmesinden, Atatürk Üniversitesi Mühendislik Fakültesi Devreler ve Sistemler Anabilim Dalında araştırma görevlisi olan davacının, doktora yapmak amacıyla kadrosunun Hacettepe Üniversitesine geçici olarak tahsisinin Yükseköğretim Yürütme Kurulunun 23.6.200 günlü kararı ile uygun bulunduğu, doktora öğrenimine başlayan davacının başarısız olması üzerine, Atatürk Üniversitesinin davaya konu işlemi ile ilişkisinin kesildiği, bu işlemin iptali istemiyle açılan davada, 2547 sayılı Yasanın 33. maddesinde araştırma görevlilerine doktora yapma gibi bir zorunluluk getirilmediğinden, davacının doktora eğitiminde başarısız olduğundan bahisle eski görevine başlatılmamasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle temyize konu karar ile ilişik kesme işleminin iptal edildiği anlaşılmıştır.

Araştırma görevlileri, öğretim üyelerinin kaynağını oluşturur. Bu görevde bulunanların yüksek lisans ve doktora eğitimini süresinde başarmaları gerekir. Yüksek lisans ve doktora eğitiminde başarısız elemanların araştırma görevliliği görevine de son verilmemesi halinde, bu kadrolar başarısız kişiler tarafından devamlı şekilde işgal edilmiş ve üniversitenin ihtiyacı olan ve öğretim üyelerinin kaynağını oluşturan yeni ve başarılı araştırma görevlilerinin atanması imkansız hale geleceğinden, doktora öğreniminde başarısız olduğu tartışmasız bulunan davacının araştırma görevlisi kadrosunu işgal etmesinde kamu yararı ve hizmet gereklerine uyarlık bulunmadığından, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, işlemin iptali yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir. (D.8.D., 18.10.2004 tarih ve E.2004/2158, K.2004/3865 sayılı karar, Danıştay Bilgi Bankası)

yaptırım bir başka üniversitede görev alma yasağıdır. Bunlara senet imzalatmak değildir.

Yönetmelik'in 4. maddesi kanuna aykırılık iddiasıyla Danıştay önüne getirilmiş, yüksek mahkeme bu hükmü "*bir üniversitede görev yapan öğretim elemanlarının kadrosunun başka bir üniversiteye nakledilmesindeki amacın ilgililerin akademik gelişimini sağlamak olduğu, asıl kurumların bu gelişimin maliyetlerini üstlenirken öğretim elemanlarının gelişim sürecinde elde ettikleri bilgi ve görgülerinin hizmet götürdükleri tüketiciler olan üniversite veya üniversite öğrencilerine yansıtılmasını gözetmek zorunda bulunduğu, idarelerin özelde bu hizmet yansımaları genelde ise kamusal yararı gerçekleştirmek amacıyla başka bir kurumda görevlendirdiği veya kadrosuyla naklettiği öğretim elemanlarının geri dönüşünü sağlamak için önlemler almasının ve bunun için ilgili mevzuatta kişilere gerek mecburi hizmet yükümlülüğü, gerekse de taahhütname ve kefalet senedi imzalatmak şeklinde yaptırımlar öngören düzenlemeler yapabileceklerinin açık olduğu, bu bağlamda; iptali istenilen sözkonusu yönetmelik maddesinin bu amaçları gerçekleştirmek için düzenlendiği sonucuna ulaşıldığından, Yönetmeliğin 4. maddesinin 4. bendinde kamu yararı, hizmet gerekleri ile hukuka aykırılık görülmediği*" gerekçesiyle hukuka uygun bulmuştur.⁷

Bu karara katılmak mümkün değildir. Anayasanın 124. maddesine göre, kamu tüzelkişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların uygulanmasını sağlamak ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelik çıkarabilirler. Yükseköğretim Kurulu'nun bu konuda düzenleme yetkisini kullanarak yaptığı yönetmelikler 35. maddeye uygun olmak zorundadır.⁸ Yönetmelik her ne kadar kanunun hükmü dışında yeni hükümler içerebilirse de bu hükümler kanunun amacını, kapsamını, konusunu ve sınırlarını aşmamalıdır.⁹ Yönetmelik'in senet imzalatılmasını öngören hükmü kanuna açıkça aykırıdır. Bu Yönetmelik Kanun'un konusunu ve sınırlarını aşmaktadır. Yönetmelik'te, Kanun'da belirtilen bir yaptırım olan eski üniversitesine dönmeyen araştırma görevlilerinin bir başka üniversitede görev alamayacaklarına ilişkin bir hüküm (olması gerektiği halde) yer almamaktadır. Bunun yerine kanunda yer almayan bir başka yaptırım öngörülmüştür. Bu yaptırım senet imzalatılmasıdır.

⁷ D.8.D., 20.02.2002 tarih ve E:2000/3200, K:2002/1177 sayılı kararı. Bu karar DİDDGK'nun 15.11.2002 tarih ve E. 2002/557, K. 2002/809 sayılı kararıyla onaylanmıştır.

⁸ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C.I, Ekin Yayınları, Bursa, 2003, s.1028 vd.

⁹ GÜNDAY, s.211.

Bu senedin imzalatılması araştırma görevlisine bir dayatma şeklinde yaptırılmaktadır.¹⁰ Araştırma görevlileri bu senetleri isteyerek imzalamamaktadırlar. Aksine, imzalamadıkları takdirde görevlerine son verilmektedir. Bu sebeple göreve son vermeye ilişkin idari kararlar Danıştay tarafından hukuka uygun bulunmaktadır.¹¹

¹⁰ YILDIRIM, Ramazan- BAŞÖZEN, Ahmet, “Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve “35’likzedeler”, Selçuk Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, C.14, S.1, 2006, s.22.

¹¹ Dava, 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi kapsamında Yıldız Teknik Üniversitesinde doktora yapmak üzere kadro tahsisi yapılması uygun görülen davacının, taahhüname ve kefalet senedi vermemesinden dolayı araştırma görevlisi kadrosunda bulunduğu Gebze Yüksek Teknoloji Enstitüsü ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle Kocaeli İdare Mahkemesinde açılan bu davanın; Dairemizin E:2003/3926 esas sayısında kayıtlı olan dava ile bağlantılı olduğu Dairemizin 28.5.2004 gün ve E:2004/1994 sayılı kararı ile hükme bağlandığından işin gereği görüldü.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 35. maddesinde, yüksek öğretim kurumlarının, kendilerinin ve yeni kurulmuş ve kurulacak diğer yükseköğretim kurumlarının ihtiyacı için yurt içinde ve dışında, kalkınma planı ve Yükseköğretim Kurulunun belirteceği ihtiyaca ve esaslara göre öğretim elemanı yetiştirecekleri, ikinci fıkrasında ise, öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadrolarının, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere başka bir üniversiteye, Yükseköğretim Kurulunca geçici olarak tahsis edilebileceği, bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanların, bu eğitimin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönecekleri, üçüncü fıkrasında da, yurtiçi veya yurtdışında yetiştirilen öğretim elemanlarının, genel hükümlere göre bağlı oldukları yükseköğretim kurumlarında mecburi hizmetlerini yerine getirmek zorunda oldukları, bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere yükseköğretim kurumlarında görev verilmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Anılan yasa hükmüne dayanılarak hazırlanan ve 23.5.1997 gün ve 22997 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin, dava konusu işlemin dayanağı olan son fıkrasında " Görevlendirme veya atama işleminden önce adaylardan, kendilerine kadro tahsis edilen üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünde 2547 sayılı Kanunun 35 inci maddesi şartları içinde lisansüstü eğitim-öğretim süresi (tatiller dahil) kadar mecburi hizmeti yerine getirmek zorunda bulduklarına dair bir taahhüt ve kefalet senedi alınır. Bu senette ilgili araştırma görevlilerinin lisansüstü eğitim-öğretimlerinin tamamlanmasından ne kadar süre sonra kadroyu tahsis

Diğer yandan bu şekilde imzalatılan senetlerde üniversitelerde birörneklik bulunmamaktadır. Kimi üniversiteler araştırma görevlisine öğrenim göreceği süreyi hesaplayarak takribi bir meblağı imzalatmakta; diğer kimi üniversiteler ise aldığı maaşın iki katı, üç katı ve hatta on¹² katını iade edeceği şeklinde bir senet imzalatmaktadır. Kamu hizmeti karşılığı aldığı maaşın karşılığında on katı gibi bir fahiş miktarı geri ödemeyi kabul etmek rıza ile değil ancak göreve son verme tehdidi ile mümkündür. Oysa araştırma görevlilerinin, yürüttükleri kamu hizmeti ve işgal ettikleri kadro karşılığı aldıkları maaş üzerindeki haklarından vazgeçmeleri hukuki bir hüküm ifade etmediği gibi, işlememiş olan bir maaş üzerinde yapılacak bir sözleşmenin de hukuki bir değeri bulunmamaktadır.¹³

4- Yükseköğretim Kurulu'nun Yönetmeliğinin Mecburi Hizmet Yükümlülüğü Bakımından Değerlendirmesi

Mecburi hizmet yükümlülüğü Yükseköğretim Kanunu'ndan doğmakla birlikte bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için Yükseköğretim Kurulu'nun öngördüğü ve Kanun'a aykırı olan yaptırım düzenleyici idari işlemdir ve konu yönünden hukuka aykırı bir düzenlemedir.

eden üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne döneceğini belirten bir hüküm de yer alır" düzenlemesine yer verilmiştir.

Yönetmelikle getirilen bu düzenlemenin iptali istemiyle davacı tarafından Dairemizin E:2003/3926 esas sayılı dosyasında açılan dava; "2547 sayılı Yasanın anılan 35. maddesinin yurtiçi veya yurtdışında yetiştirilen öğretim elemanları için mecburi hizmet yükümlülüğü öngördüğü, dava konusu edilen yönetmelik kuralı ile ilgisinden istenen taahhütname ve kefalet senedinin yasanın öngördüğü mecburi hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olduğu, bu yönüyle dava konusu yönetmelik maddesinde yasaya aykırılık bulunmadığı gibi, üniversite kaynaklarıyla yetiştirilen öğretim elemanlarının ihtiyaç duyulan kadrolarda değerlendirilmesini sağlamak açısından kamu yararı ve hizmetin gereklerine de uygun bulunduğu" gerekçesiyle 27.1.2005 gün ve K:2004/251 sayılı kararı ile reddedilmiştir.

Bu durumda, hukuka uygun bulunan anılan yönetmelik maddesi uyarınca istenen tahhütname-kefalet senedini vermeyen davacının, bu sebeple kadrosu ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlemde de hukuka aykırılık bulunmamaktadır. (D.8.D., 27.01.2005 tarih ve E.2004/1994, K.2005/250 sayılı karar. Danıştay Bilgi Bankası)

¹² Dicle Üniversitesi on katı talep etmektedir.

¹³ GÜNDAY, s.550; YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuk Dersleri, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s.206.

Bu durumu açıklamak için “mecburi hizmet” kavramı ile mevzuatta mecburi hizmete ilişkin düzenlemelere değinmek gerekir.

Mecburi hizmet, öğrenci ve kamu görevlilerine sağlanan eğitim, öğretim, yetiştirme gibi imkânlardan dolayı belli bir süre ve yine belli bir şekilde kamu hizmetinde bulunma zorunluluğu getiren ve birçok kanunda düzenleme alanı bulan bir uygulamadır. Mecburi hizmet yükümlülükleri her statü için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu ayrımlar öğrenci veya kamu görevlisi olmak ya da yurt içi veya yurt dışında eğitim almak bakımından farklılıklar arz etmektedir. Burada her statü için öngörülen mecburi hizmet yükümlülüklerini ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. Böylece araştırma görevlileri için öngörülen senet imzalatma yaptırımının hukuka aykırılığını görmek kolaylaşacaktır.

5- Öğrenciler İçin Getirilen Yükümlülükler

Bir kamu görevine atanmak üzere yurt içi ve yurt dışında eğitilen, yetiştirilen ve bu eğitimleri sonunda, tasarlanan kamu görevine atanan öğrenciler bulunmaktadır. Devlet Memurları Kanunu’nun 224/1-b hükmüne göre yurtdışındaki öğretim kurumlarında Devlet hesabına öğrenimlerini bitiren öğrenciler, yurtdışında buldukları sürenin iki katı kadar mecburi hizmetle yükümlüdürler. Öğrenciler, Devlet Memurları Kanunu’nun 225/2-b hükmüne göre mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeden veya tamamlamadan görevinden ayrılması, müstafi sayılması ya da bir ceza ile görevine son verilmesi halinde, kendileri için kurumlarınca ödenen giderleri yüzde elli fazlasıyla ödemek zorundadırlar.

4160 Sayılı Kanun ile Devlet Memurları Kanunu’na Ek-35. madde olarak eklenen düzenlemeye göre “*Kamu kurum ve kuruluşları tarafından personel kanunları ve diğer özel kanunlarda yer alan hükümlere göre bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren okutulacak yeni öğrencilere mecburi hizmet yükümlülüğü getirilemez. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte mecburi hizmet karşılığı okutulmakta olan öğrenciler, mezuniyetlerinden veya memuriyete atanmalarından sonra kurumlarından mecburi hizmet yükümlülüğünün kaldırılmasını talep edebilirler. Bu takdirde başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın, mecburi hizmet yükümlülüğü ve tazminat borçları (1.1.1995 tarihinden önce mecburi hizmet yükümlülüğünü ihlal edenlerin borçları dahil) ortadan kalkar.*”¹⁴ Kanun hükümlerinden anlaşıldığı üzere, yurtdışına gönderilen öğrenciler bakımından halen bir mecburi hizmet yükümlülüğü bulunmasına karşın yurtiçinde okutulan öğrenciler bakımından herhangi bir mecburi hizmet yükümlülüğü bulunmamaktadır.

¹⁴ Bu düzenlemeden önce, Devlet Memurları Kanunu 224/1-a hükmü uyarınca yurtiçinde Devlet hesabına okutulan öğrenciler öğrenim süreleri kadar mecburi hizmetle yükümlüydüler.

6- Kamu Görevlileri İçin Getirilen Yükümlülükler

Devlet Memurları Kanunu'nun 78. maddesi, devlet memurluğuna alınmış ve asli memur olarak atanmış olanların, mesleklerine ait hizmetlerde yetiştirilmek, eğitilmek, bilgilerin artırmak veya staj yapmak üzere yurtdışına gönderilebileceğini düzenlemektedir. 79. maddede ise yurt dışında görevlendirilen memurlardan görevlerine başlamayanların bütün masrafları iki kat olarak ödemeye mecbur olduklarına; göreve başlayanların yükümlü buldukları mecburi hizmetini bitirmeden ayrılanlar veya bir ceza sebebi ile memurluktan çıkarılmış olanlar mecburi hizmetlerinin eksik kalan kısmı ile orantılı miktarı iki kat olarak ödemek zorunda olduklarına hükmedilmiştir. Yurtdışına gönderilen kamu görevlileri bakımından Devlet Memurları Kanunu'ndaki bu genel düzenleme dışında birçok kanunda özel düzenlemeler de yer almaktadır.

5441 Sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanun'un 18. maddesi, bilgi ve görgü maksadıyla yabancı memleketlere gönderilen sanatkar ve diğer görevliler yurda dönüşlerinde yabancı memleketlerde kaldıkları sürenin bir buçuk katı kadar mecburi hizmetle yükümlü olacaklarını düzenlemektedir

Benzer şekilde, 1309 Sayılı Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü Kuruluşu Hakkında Kanun'un 16. maddesinde, bilgi ve görgü maksadıyla yabancı memleketlere gönderilen sanatkar ve diğer görevliler yurda dönüşlerinde yabancı memleketlerde kaldıkları sürenin bir buçuk katı kadar mecburi hizmetle yükümlü oldukları yer almaktadır.

Nihayet 4160 Sayılı Kanun ile Devlet Memurları Kanunu'na eklenen Ek-34. madde, yurt dışına çıkan tüm öğrenciler ve kamu görevlileri için ortak ve kapsamlı bir düzenleme ile kanunlar arasında var olan farklılığa son vermiş ve ortak bir uygulama getirmiştir.

Bu hükme göre *"İlgili kanunlarına göre; öğrenim yapmak, yetiştirilmek, eğitilmek, bilgilerini artırmak, staj yapmak veya benzeri bir nedenle geçici süreli görevlendirilmek suretiyle, üç ay veya daha fazla süre ile yurtdışına gönderilen kamu personeli yurtdışında buldukları sürenin iki katı kadar mecburi hizmetle yükümlüdürler. Bu şekilde yurt dışına gönderilecek personelden, örneği Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanmış "Yüklenme Senedi ile Muteber İmzalı Müteselsil Kefalet Senedi" alınır."*

Bu hüküm, Yükseköğretim Kanunu uyarınca yurtdışına gönderilen kamu görevlilerini de kapsamaktadır. Fakat yine belirtmek gerekir ki bu düzenleme yalnızca yurtdışına gönderilen kamu görevlileri için geçerlidir.

Devlet Memurları Kanunu'nda yurtdışında görevlendirilen kamu görevlilerine ilişkin olarak mecburi hizmet yükümlülüğü öngörülmesine karşın yurtiçinde görevlendirilen kamu görevlileri için herhangi bir mecburi hizmet ve

dolayısıyla mecburi hizmet yükümlülüğü öngörülmemektedir. Buna karşın bazı özel kanunlarda yurtiçinde görevlendirmeye bağlı olarak mecburi hizmet yükümlülüğü bulunmaktadır.

Bu kanunlardan biri olan, 3017 Sayılı Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâleti Teşkilat ve Memurin Kanunu'nda uzman yetiştirmek üzere çeşitli tıp fakülte asistanlıklarına tayin edilecek doktorlar için, mecburi hizmet taahhüdü ile uzmanlığa atananlar belirlenmiş sürenin bitmesinden önce görevlerinden ayrılırlarsa kalan süre boyunca Devlet hastanelerinde uzman sıfatı ile görev yapamayacakları belirtilmiştir.

2659 Sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu'nda ise, Adli Tıp Kurumu'nda ihtisas ve uzmanlıklarını tamamlayanların Adalet Bakanlığı'nın göstereceği yerlerde dört yıl görev yapmakla yükümlü olduklarını ve bu yükümlülüklerini tamamlamadan görevden ayrılanların mecburi hizmet süresini tamamlamadıkça meslek ve sanatlarını icra edemeyecekleri düzenlenmiştir.

Benzer bir düzenleme olan 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na göre, meslekleriyle ilgili master veya doktora öğrenimi yapmak isteyenlerle Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü'ne devam etmek isteyen hakim ve savcılar mecburi öğrenim süresince izinli sayılırlar. Ancak, bu şekilde öğrenime devam edenler izinli sayıldıkları süre kadar Bakanlığa karşı mecburi hizmetle yükümlüdürler. Bu yükümlülüğü yerine getirmeden görevden ayrılanlar kendilerine verilen aylık, ödenek ve diğer tazminatların iki katını ödemek zorundadırlar.

Nihayet çalışma konumuz olan 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35. maddesine göre bir başka üniversitede görev yaptıkları süre kadar eski üniversitelerinde mecburi hizmetle yükümlüdürler. Mecburi hizmetlerini yerine getirmeyenler bir daha yükseköğretim kurumlarında görev alamazlar.

Bu kısımda gerek öğrenciler gerekse kamu görevlileri için verdiğimiz örnekler dikkate alındığında birçok kanunda değişik şekillerde mecburi hizmet yükümlülükleri öngörülmektedir. Bunlara ilişkin yaptırım türleri de birbirinden farklıdır. Burada dikkati çeken yaptırım parasal bir ödemeden çok mesleğini icra etmeyi yasaklama şeklindedir. 3017 sayılı Kanun'a göre doktorlara "*uzman sıfatıyla görev yapma yasağı*" ve 2659 sayılı Kanun'a göre adli tıp uzmanlarına "*meslek ve sanatlarını icra etme yasağı*" ve 2547 sayılı Kanun'a göre araştırma görevlilerine "*bir başka yükseköğretim kurumunda görev yapma yasağı*" öngörülmüştür. 2802 sayılı Kanun'la hâkimlere getirilen parasal yaptırımın sebebi ise bu kişilerin görevlendirme suretiyle değil de izinli sayılma suretiyle görevden ayrılma suretiyle dolayısıyla izinli sayıldıkları sürede bir kamu hizmeti yürütmediklerinden kendilerine ödenen ücretin geri alınması kabul edilebilir ise de bu durum araştırma görevlilerine getirilen parasal yükümlülükler ile önemli

bir farklılık arz etmektedir. Çünkü 35. maddeye göre görevlendirilen araştırma görevlileri kamu hizmeti yürütmeye devam etmektedirler.

Diğer yandan doktorlar ve adli tıp uzmanları için getirilen yasağın bir süreye bağlı olduğu görülmektedir. Bu kişiler için getirilen yasak, mecburi hizmet yükümlülüğü süresi için geçerlidir. Ömür boyu bir yasak söz konusu değildir. 35. maddede araştırma görevlileri için getirilen bir başka yükseköğretim kurumunda görev alma yasağında ise bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Her ne kadar burada bir süre sınırlaması öngörülmemiş ise de bu yaptırımı süresiz olarak anlamak mümkün değildir. Araştırma görevlilerinin bir başka yükseköğretim kurumunda görev almasını yasaklanması, bir kamu hizmetine girmeyi engellediğinden dolayı Anayasada belirtilen kamu hizmetine girme hakkı bakımından da sorun oluşturmaktadır.¹⁵ Dolayısıyla, 35. maddedeki, bir başka yükseköğretim kurumunda görev alma yasağını, mecburi hizmet süresi boyunca anlamak daha isabetlidir. Bu konuda Danıştay'ın aynı hassasiyeti göstermediğini belirtmek gerekir.

35. maddesi uyarınca doktora yapmak üzere bir başka üniversiteye geçici olarak görevlendirildiği halde doktora programında başarısız olan ve bu nedenle hem araştırma görevliliğine son verilen hem de imzaladığı senedi ödemesi istenen bir araştırma görevlisi tarafından açılan davada Danıştay, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 224/a maddesinde, Devlet hesabına okutulan öğrencilerin öğrenim süreleri kadar mecburi hizmetle yükümlü oldukları kuralını uygulamıştır.¹⁶ Bunun dışında, söz konusu kararda “*yurt dışına gönderilen kamu personelinin yurtdışında buldukları sürenin iki katı kadar mecburi hizmetle yükümlü tutulacakları*” şeklindeki Devlet Memurları Kanunu'nun Ek-34. maddesini dayanak göstermesi anlaşılır değildir. Mahkeme kararında devamla “*yukarıda metni açıklanan mevzuat kurallarının birlikte değerlendirilmesinden; 657 sayılı Yasanın 224. maddesi ile Ek 34/1. maddesinin yurt içinde bir üniversite adına başka bir üniversitede lisansüstü eğitim gören araştırma görevlilerine de kıyasen uygulanacağının kabulü zorunludur. Bu durumda, mecburi hizmet yükümlülüğünün borç yükümlülüğüne dönüştüğü durumlarda, ilgililer aleyhine oluşan bu borç yükümlülüğünün yerine getirilmesi bir zorunluluktur*” demektedir.

Görüldüğü üzere Danıştay, idare hukukunun en temel ilkelerinden olan “statü hukuku”¹⁷ olmayı bu kararında açıkça ihlal etmiştir. Danıştayın, ne

¹⁵ SEZER, Yasin, Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s.36 vd.

¹⁶ D.8.D., 14.12.2004 tarih ve E.2003/3940, K.2004/4888 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası.

¹⁷ AKYILMAZ, Bahtiyar, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s.17.

öğrenci olan ne de yurtdışına gönderilen araştırma görevlisi hakkında Devlet Memurları Kanunu'nun 224/a ve Ek-34. maddelerini uygulaması kabul edilemez bir durumdur.

“Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmenlik” hükmüne amaç unsuru bakımından da değinmek gerekmektedir. Yükseköğretim Kurulu'na göre, eski üniversitelere dönmeyen araştırma görevlilerinin bir başka üniversitede görev almamalarını öngören yaptırım etkisizdir. Bu yaptırım başlı başına araştırma görevlilerini geri döndürmeye yetmemektedir. Çünkü geri dönüp eski üniversitesinde mecburi hizmet yükümlülüğünü getirmek istemeyen bir araştırma görevlisi görevinden ayrılarak yetişmiş bir eleman sıfatıyla her ne kadar bir başka yükseköğretim kurumunda görev alamasa da hem üniversiteler dışındaki tüm kamu tüzelkişiliklerinde hem de özel sektörde çalışabilmektedir.

Yükseköğretim Kurulu, bir başka üniversitede görev alma yasağı getirilmesini, araştırma görevlilerinin eski üniversitelerinde mecburi hizmetlerini yapmalarını sağlamadığını görerek daha ağır bir yaptırım getirmiştir. Bu şekilde kendini kanun koyucu yerine koymuştur. Bu nedenle söz konusu yönetmelik hükmü amaç bakımından hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

7- Araştırma Görevlilerine İmzalatılan Senedin Tahsil Edilmesinin Hukuka Aykırılığı

Araştırma görevlilerinin bir başka üniversiteye kadroları nakledilmektedir. Bu nedenle bunlar gittikleri üniversiteye bir öğrenci statüsü ile değil kamu görevlisi statüsü ile bağlıdırlar. Bu kapsamda kadro nakli yapılan araştırma görevlisi nakledildiği üniversitede yapılan araştırma, inceleme ve deneylere yardımcı olmakta ve gerek idare gerekse öğretim üyeleri tarafından verilen ilgili diğer görevleri yapmaktadırlar. Gönderildikleri üniversitelerde genel idare esaslarına göre asli kamu hizmeti yürütmektedirler. Dolayısıyla, aldıkları maaş ve diğer özlük hakları, 33. madde kapsamında yürüttükleri kamu hizmeti karşılığında kendilerine ödenen ücrettir.

Bir senet ile kamu hizmeti karşılığı olan aylığın kamu görevlisinden geri alınması Anayasa'nın 18. maddesinde öngörülen “angarya yasağı”nı ihlal etmektedir. Çünkü kamu hizmeti yürütmekte olan araştırma görevlisinden herhangi bir nedenle doktorasını tamamlayamaması durumunda aylıklarının geri alınması bu kişilerin ücretsiz çalıştırılması sonucunu doğurmaktadır.

Bu bağlamda, araştırma görevlilerine imzalatılan söz konusu senetler açıkça hukuka aykırı düzenlemelerdir. Açık bir hukuk ihlalden sonra bu senetlerin hukuki niteliğini tespit etmeye çalışmak yani senet imzalatılmasının idari sözleşme olup olmadığını tartışmak yersizdir. Bununla birlikte Danıştay bu

sözleşmeleri hukuka uygun ve aynı zamanda idari bir sözleşme olarak değerlendirmiştir.¹⁸

Lisans üstü eğitiminde başarısız olan veya görevinden ayrılan araştırma görevlilerinin imzaladıkları senet uyarınca ödeme yapmaları veya yaptıkları ödemeleri geri talep etmeleri konusunda çıkan uyuşmazlıklarda Danıştay ve Yargıtay'ın farklı yönde kararları bulunmaktadır.

Senet karşılığı ödediği ücreti idari yargıda tam yargı davası ile geri isteyen araştırma görevlisinin başvurusunu Danıştay "*davacının imzaladığı taahhütname-kefalet senedinde yer alan mali yaptırımların yerine getirilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı*" gerekçesiyle reddetmiştir.¹⁹

¹⁸ Uyuşmazlık, Kırıkkale Üniversitesinde araştırma görevlisi olarak görev yapan ve lisansüstü eğitim için Gazi Üniversitesine gönderilen davacının, mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getirmeyerek istifa etmesi nedeniyle taahhüt ve kefalet senedine istinaden 8.174.650.000.-liranın tahsili amacıyla tesis edilen Kırıkkale Üniversitesi Bütçe Dairesi Başkanlığının ... gün ve ... sayılı işlemi ile bu işlemin dayanağı olan ... gün ve ... yevmiye nolu taahhütname ve kefalet senedinin iptali isteminden doğmuştur. Dosyanın incelenmesinden; Kırıkkale Üniversitesinde araştırma görevlisi olan ve 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi uyarınca başka bir üniversitede lisansüstü eğitim yapmak üzere kadrosu Gazi Üniversitesine aktarılan davacının, bu eğitimi tamamlaması sonucu eski kadrosuna atanmasına karşın, kendi isteğiyle istifa ettiği ve davalı idarece istifasının kabul edildiği, bunun üzerine yüklenme senedine göre tarafına yapılan ödemelerin tahsili için düzenlenen işlemin ve buna dayalı ... gün ve ... yevmiye nolu taahhütname ve kefalet senedinin iptali istemiyle dava açıldığı anlaşılmaktadır. Davacının verdiği taahhütname ve kefalet senedinin ilgilinin 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi uyarınca başka bir üniversitede lisansüstü eğitim yapmak üzere görevlendirilmesindeki önemli etkisi gözönüne alındığında, davacının bu taahhütname ve kefalet senedini idare ile eşit düzeyde olarak, isteği ve özgür iradesi ile imzaladığının kabulü mümkün olmadığından, ortada özel hukuk alanını ilgilendiren bir uyuşmazlığın bulunduğu söz konusu değildir. Bu durumda, davacının imzaladığı taahhütname ve kefalet senedinde yer alan mali yaptırımların hayata geçirilmesini öngören işleme ve yüklenme senedine yönelik uyuşmazlığın çözümünde idari yargı yerinin görevli olduğu açık olduğundan, uyuşmazlığın adli yargıda çözülmesi yönündeki kararda isabet görülmemiştir. (D.8.D., 18.02.2005 tarih ve E.2004/5603, K.2005/746 sayılı karar. Danıştay Bilgi Bankası). Danıştay İdari Daireleri Kurulunun da aynı yönde kararı bulunmaktadır. DİDDK, 15.11.2002 tarih ve E.2002/557, K.2002/809 sayılı kararı. Danıştay Bilgi Bankası)

¹⁹ Karar metni: "*Uyuşmazlık, Trakya Üniversitesi Eğitim Fakültesi Resim İş Eğitimi Bölümünde araştırma görevlisi olarak görev yapmakta iken 2547 sayılı*

Yasanın 35. maddesi hükmü uyarınca Marmara Üniversitesine sanatta yeterlilik eğitimi yapmak üzere gönderilen davacının, doktora eğitiminde başarısız olması üzerine taahhüt ve kefalet senedi uyarınca doktora eğitimi süresince davacıya ödenen toplam 24.894.650.000.-liranın davacıdan tahsil edildiği, bu durumun haksız, hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğu ileri sürülerek, bu meblağın davalı idarece yasal faiziyle birlikte maddi tazminat olarak, bu işlem nedeniyle duyulan üzüntü nedeniyle de 5.105.350.000.-liranın manevi tazminat olarak, (toplam 30.000.000.000.-lira) ödenmesine karar verilmesi isteminden doğmuştur.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "Öğretim Elemanı Yetiştirme" başlıklı 35. maddesinde; "Yükseköğretim kurumları, kendilerinin ve yeni kurulmuş ve kurulacak diğer yükseköğretim kurumlarının ihtiyacı için yurt içinde ve dışında, kalkınma planı ilke ve hedeflerine ve Yükseköğretim Kurulunun belirteceği ihtiyaca ve esaslara göre öğretim elemanı yetiştirirler. Öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere başka bir üniversiteye, Yükseköğretim Kurulunca geçici olarak tahsis edilebilirler. Bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar bu eğitimin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönerler. Yurtiçi ve yurt dışında yetiştirilen öğretim elemanları, genel hükümlere göre bağlı oldukları yükseköğretim kurumlarında mecburi hizmetlerini yerine getirmek sorundadırlar. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere, yükseköğretim kurumlarında görev verilmez. Özel kanunlarla getirilen mecburi hizmet çalışmaları bu hükmün dışındadır." hükmüne yer verilmiş, Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinin 4. bendinde ise, görevlendirme ve/veya atama işleminden önce adaylardan, kendilerine kadrosu tahsis edilen üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsünde 2547 sayılı Kanunun 35. maddesi şartları içinde Lisansüstü eğitim-öğretim süresi (tatiller dahil) kadar mecburi hizmeti yerine getirmek zorunda bulduklarına dair bir taahhüt ve kefalet senedinin alınacağı, bu senette ilgili araştırma görevlilerinin lisansüstü eğitim-öğretimlerinin tamamlanmasından ne kadar süre sonra kadroyu tahsis eden üniversiteye veya yüksek teknoloji enstitüsüne döneceğini belirten bir hükmün de yer alacağı kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, Trakya Üniversitesinde araştırma görevlisi olarak görev yapmakta iken 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi uyarınca kadrosu davalı üniversitede kalmak kaydı ile sanatta yeterlilik eğitim için 15.4.1999 tarihinde Hacettepe Üniversitesine geçen davacının, 25.2.2000 tarihinde kefalet senedi imzaladığı, davacının isteği ve Yükseköğretim Kurulu'nun 10.3.2000 tarihli izni ile 2547 sayılı Yasanın 35. maddesi uyarınca sanatta yeterlilik eğitimine Marmara Üniversitesinde araştırma görevlisi olarak devam etmesinde sakınca görülmemeyen davacının, 27.9.1999 tarihli Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı kararı uyarınca girdiği LES sınavından 44,32 puan alarak başarısız olması

Yargıtay'ın aynı konuda açılan davalarda çelişkili yönde kararları bulunmakla birlikte özellikle son yıllarda Yargıtay 18. Hukuk Dairesi tarafından verilen kararlarda araştırma görevlisi lehine sonuçlarda bir içtihat olduğu görülmektedir.²⁰

üzerine 24.10.2001 tarihli kefalet senedi uyarınca işlem yapılmak üzere kadrosunun davalı Trakya Üniversitesine iade edilmesi üzerine 24.3.2004 tarihli işlemle 657 sayılı Yasanın Değişik 225. maddesi uyarınca davacıya Mayıs/1999 - Şubat/2002 tarihleri arasında ödenen maaşının %50 fazlasıyla tahsil edildiği, davacı tarafından bu miktarın iadesi ve manevi tazminat istemiyle bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İdare Mahkemesince, doktora eğitimi için başka üniversiteye gönderilen davacının, doktora eğitimi yaparken araştırma görevlisi olarak da görev yaptığı Anayasaya göre angarya yasak olduğundan alacak davası açılmak suretiyle tahsili gereken miktar belirlenmeksizin tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle davanın maddi tazminata ilişkin kısmının kabul edildiği görülmektedir.

Yukarıda anılan düzenlemeler ile bir üniversitede görev yapan öğretim elemanlarının kadrosunun başka bir üniversiteye nakledilmesindeki amacın ilgililerin akademik gelişimini sağlamak olduğu, asıl kurumların bu gelişimin maliyetlerini üstlenirken öğretim elemanlarının gelişim sürecinde elde ettikleri bilgi ve görgülerinin hizmet götürdükleri tüketiciler olan üniversite veya üniversite öğrencilerine yansıtılmasını gözetmek zorunda bulunduğu, idarelerin özelde bu hizmet yansımaları genelde ise kamusal yararı gerçekleştirmek amacıyla başka bir kurumda görevlendirdiği veya kadrosuyla naklettiği öğretim elemanlarının geri dönüşünü sağlamak için önlemler almasının ve bunun için ilgili mevzuatta kişilere gerek mecburi hizmet yükümlülüğü, gerekse de taahhütname ve kefalet senedi imzalatmak şeklinde yaptırımlar öngören düzenlemeler yapabileceklerinin açık olduğu tartışmasızdır.

Diğer yandan, dava konusu işlemlerin dayanağı olan doktora ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin işlem ile taahhütname-kefalet senedi uyarınca para istenilmesine ilişkin işlemin de dava konusu edilmediği açıktır.

Bu durumda, davacının imzaladığı taahhütname-kefalet senedinde yer alan mali yaptırımların yerine getirilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığından, davacıdan söz konusu taahhütname kefalet senedi uyarınca tahsil edilen ücretin yasal faiziyle birlikte iadesi niteliğindeki maddi tazminat isteminin kabulü yönünde verilen mahkeme kararında yasal isabet görülmemiştir."D.8.D., 27.10.2004 tarih ve E.2004/2364, K.20044056 sayılı karar, Danıştay Bilgi Bankası.

²⁰ Yargıtay'ın bu konuda verdiği çelişkili kararlar ve bu kararların eleştirisi için bakınız: YILDIRIM-BAŞÖZEN, s.11-32.

Bu konuda çıkan bir uyuşmazlık üzerine mahkeme şu şekilde karar vermiştir: “İbraz edilen belgelere, tüm dosya kapsamına göre 2547 Sayılı Kanunun 35. maddesinde yükümlülüğü yerine getirmeyenlere yükseköğretim kurumlarında görev verilmeyeceğinin belirtildiği, yapılan ödemelerin geri alınabileceğine dair hüküm olmadığı, davalının görev yaptığı süre içerisinde aldığı maaş ve ücretlerinin faizi ile birlikte tahsilinin talep edilmesi doğru görülmemektedir.”²¹

8- Sonuç

2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca bir başka üniversitede yüksek lisans, doktora veya sanatta yeterlilik unvanı almak üzere gönderilen araştırma görevlileri, yükseköğretim kamu hizmetlerinin tüm yurtda gereği gibi yürütülmesi için tekrar eski üniversitelerine dönmeleri kamu yararının zorunlu sonucudur. Bu nedenle çeşitli sebeplerden dolayı akademik çalışmasını tamamlamayanların görevlerine son verilmesi ve tamamlayıp da asıl üniversitesine dönmeyen araştırma görevlilerinin kanunda öngörülen yaptırım uyarınca bir başka yükseköğretim kurumunda görev verilmemesi gerekmektedir. Uygulamada, bu yaptırımın gerekli sonucu doğurmadığı ve birçok araştırma görevlisinin asıl üniversitelerine dönmedikleri gerçeği karşısında kanun koyucunun bu yaptırımı genişletmesi yerinde olacaktır. Önceki üniversitelerine dönmeyen araştırma görevlilerine sadece yükseköğretim kurumlarında değil, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında görev alma yasağı getirilmelidir.

Buna karşın araştırma görevlilerinin asıl üniversitelerine dönmelerini sağlamak adına Yükseköğretim Kurumu'nun kendisini kanun koyucu yerine koyarak bir hüküm tesis etmesi bir diğer ifadeyle kanuna açıkça aykırı olmasına karşın anılan yönetmelik hükmü gereği araştırma görevlilerine senet imzalatması açıkça hukuka aykırı bir uygulamadır. Bu senetler ne idari sözleşme ne de özel hukuk sözleşmesidir. İmzalatılan bu senetler idarenin tek taraflı iradesiyle, araştırma görevlisini görevinden uzaklaştırma tehdidi ile ve rızası olmaksızın imzalatıldığı bu bakımdan karşılıklı iradelerin oluşmadığı bir uygulamadır. Gerçekte araştırma görevlilerine genel idare esaslarına göre yürüttükleri asli ve sürekli kamu hizmetlerinin en temel karşılığı olarak ödenen aylıklarının bir sözleşmeye konu edilerek tekrar geri alınabilmesinin sağlanması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı gibi idare hukuku ilkeleriyle de çatışmaktadır. Bu bağlamda kanunların farklı statüler için öngördüğü ve özellikle bireyler aleyhine olan hükümlerin kıyas yoluyla başka statüdeki kişilere uygulanması doğru değildir. Bu bakımdan Devlet Memurları Kanunu'nun, 224, 225 ve Ek 34.

²¹ Kocaeli 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin, 07.06.2005 tarih ve E.2004/267, K.2005/167 sayılı kararı. Bu karar, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 19.09.2006 tarih ve E.2006/3791, K.2006/6544 sayılı kararı ile onanmıştır.

2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 35. Maddesinin Getirdiği Düzenleme

maddeleri kapsamında sadece öğrenciler için getirdiği mecburi hizmet yükümlülüklerini; benzer şekilde 78 ve 79. maddeleri kapsamında yurtdışına çıkan kamu görevlileri için öngördüğü mecburi hizmet yükümlülüklerini yurtdışına çıkmayan araştırma görevlilerine, kıyas yoluyla uygulamak yerinde değildir. Araştırma görevlileri için Yükseköğretim Kanunu'nun 35. maddesi gerekli düzenlemeyi yaptığından bir kıyas hükmüne gerek bulunmamaktadır. Böyle bir kıyasa gerek duyuluyorsa kıyas yapılacak hüküm olsa olsa Devlet Memurları Kanunu'nun tüm mecburi hizmet yükümlülükleri ve tazminatları ortadan kaldıran Ek 35. maddesi hükmü olabilir.

Bu konuda idari yargı organlarının, senet imzalatılmasını öngören Yönetmelik hükmümü iptal etmeleri ve bu buna bağlı olarak imzalatılan senetleri hukuka aykırı saymaları ve hatta bu senetler bakımından “yok hükmünde” kararı vermeleri en doğru çözüm şekli olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar, İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, 2004.
- ASLAN, Onur Ender, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 1982 Anayasasına Göre Kamu Personel Rejimi, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C.I, Ekin Yayınları, Bursa, 2003
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 8. baskı, İmaj Yayınları, Ankara, 2003.
- SEZER, Yasin, Kamu Hizmetine Girme Hakkı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006
- YILDIRIM, Ramazan- BAŞÖZEN, Ahmet Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin Çelişik Kararları ve “35’likzedeler, Selçuk Üniv. Hukuk Fak. Dergisi, C.14, S.1, 2006.
- YILDIRIM, Ramazan, İdare Hukuk Dersleri, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2006.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmaların doc (word belgesi) ve rtf (zengin metin biçimi) türlerinde kaydedilmiş iki ayrı dosya halinde **bir disket/cd** içinde gönderilmesi ve ikisi isimsiz diğeri isimli olmak üzere **üç adet A4** kâğıt çıktısının gönderilmelidir..

2. Sayfa yapısı: Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 2,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

3. Metin yazıları Times New Roman karakteri ile **10,5** punto **tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. Yazıdaki başlıklar başlık biçimleri kullanılarak yazılmalı, **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalı, metin içerisindeki diğeri tüm başlıklar Başlık 2 biçiminden başlayarak ayarlanmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

4. Dipnotlar, Times New Roman yazı karakteri, **10** punto, **Tek** satır aralığı, **0,6 asılı** , paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı (örn. YILDIRIM Ramazan), (yayın yılı), **Kitap Adı**, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

5. Gönderilen makalelerin başına, makalenin **yabancı dildeki adı**, en fazla 100 kelimelik **Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin** ve beş adeti geçmemek üzere **anahtar kelimenin (Keywords)** eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda **kaynakça** yer almalıdır.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Bu şartları taşımayan başvurular kabul edilmeyecektir.

Dergiyle ilgili tüm bilgilere <http://www.hukuk.selcuk.edu.tr/dergi/dergi.html> internet adresinden ulaşabilirsiniz.